





UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5324694016



Teléfono 50.00.00
VILLALBA, 6
MADRID

IV-1

64

D 53453

Ausführliche Erläuterung

8-4-5 der

P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Königl. Preussischen Friedrich = Alexanders Universität
in Erlangen.

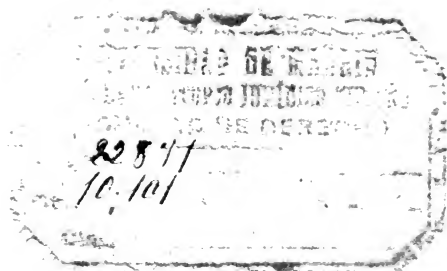


Fünften Theils erste Abtheilung.★

E r l a n g e n

verlegt bey Johann Jacob Palm

1 7 9 3.



623263490

Lib. II. Tit. XV.
De Transactionibus.

§. 345.

Begriff eines Transacts. Ist der Vergleich ein bloßer Vertrag, oder ein Contract?

Eine Art von Verträgen sind die Vergleiche oder Transacte, welche auch gütliche Verträge genannt werden. Daher haben die Verfasser der Pandecten diese Materie mit der Lehre von Verträgen verbunden. Es ist auch sehr wahrscheinlich, daß der Prätor in seinem Edicte de pactis zugleich von Transactionen gehandelt habe. Moondt ¹⁾ hat dieß wenigstens ganz überzeugend dargegethan.

- 1) In lib. sing. ad edictum prætoris de pactis et transactionibus Cap. 3. Außer Moondt ist die Lehre von Transacten von mehreren Rechtsgelehrten bearbeitet worden. Unter den ältern zeichnen sich Em. Rom. VALERONIUS, Ios. URCEOLUS, und Arn. VINNIUS aus, deren Tractatus de Transactionibus auch LIPSIUS in Biblioth. reali iurid. sub v. *Transactio* anführt. Unter den neuern sind zu empfehlen: GUNDLING D. singularia de transactionum stabilitate et instabilitate capita contin. Halae 1719. rec. 1757. Franc. ALEX Diff. de transactione. Heidelbergae 1738. (in *actus diebus academ. I. Opuscul. Disput. IX. p. 275. sqq.*) und Lebrecht August Renthke Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Rostock und Leipzig 1789. 8. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten erläutern CUYACIUS, FLARETUS, (in *Operib.*) WACHTELERS Erläut. Pand. 5. Th. A LEBY

gethan. Unter einem Vergleiche versteht man gewöhnlich einen solchen Vertrag, wodurch ein entweder schon wirklich entstandener oder auch nur bevorstehender Rechtsstreit unter den Partheyen dadurch beygelegt oder verhütet wird, daß beyde Theile etwas von ihren Forderungen nachlassen. Diesen Begriff nimmt auch unser Verfasser an. Allein daß selbiger viel zu eingeschränkt bestimmt werde, läßt sich leicht erweisen. Zwar ist es immer eine wesentliche Eigenschaft des Vergleichs, daß die Sache oder Forderung ungewiß und zweifelhaft seyn müsse, worüber transigirt wird²⁾; und es ist auch wohl nicht zu läugnen, daß ein Vergleich gewöhnlich in der Absicht geschlossen wird, um entweder einen bereits entstandenen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem noch bevorstehenden vorzubeugen. Allein daß sich dennoch auch ein Vergleich ganz ohne diese Absicht in einem solchen Falle gedenken lasse, wo noch zur Zeit nicht einmal ein Proceß befürchtet wird, hat schon Voet³⁾ bemerkt. Die Geseze selbst geben uns davon verschiedene Beispiele. So kann ja einmal mein Recht oder meine Forderung noch von der Existenz einer zufälligen Bedingung abhängen. Z. B. es ist mir eine Erbschaft unter der Bedingung, wenn der directe Erbe ohne Kinder versterben würde, als ein Fideicommiß vermacht worden.

Hier

LER, (in *Opuscul. a* TROTZ edit. pag. 710. sqq.) und POTHIER (in *Pandect. Iustin.*) die Geseze des Tit. Cod. de Transact. aber CUIACIUS Recitat. ad Tit. Cod. de transact. und FRANC. MOTTOMANNUS in Commentar. in Tit. Cod. de pactis et transactionibus.

2) L. 1. D. h. t. Qui transigit, quasi de re dubia, et lite incerta, neque finita, transigit.

3) In Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

Hier findet ob eventum conditionis incertum allerdings ein Vergleich statt ⁴⁾. Man sehe ferner, meine Forderung hänge von der ungewissen Dauer meines Lebens ab; in dieser Hinsicht kann z. B. über lebenslänglich abzureichenden Alimente, worüber unter den Partheyen gar kein Streit ist, ein Vergleich geschlossen werden ⁵⁾. Ein Vergleich oder Transact ist also vielmehr ein solcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich streitig oder auch nur sonst zweifelhaft gewesenes und ungewisses Recht dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben, oder nachgelassen, oder versprochen wird ⁶⁾; oder wie Anton Schulting ⁷⁾ sagt: *Transactio est conventio, qua res dubia vel controversa, aliquo dato, rentento, vel promisso, terminatur*. Es erhellt hieraus, 1) daß ein Vergleich in einer zweifachen Rücksicht geschlossen werden könne; entweder a) wegen des ungewissen Ausganges eines bereits entstandenen oder auch nur zu befürchtenden Proceßes; oder b) wegen der Ungewißheit der Prästation selbst,

A 2 ohne

4) L. 1. L. 16. Cod. de pactis. Man sehe MOODT de pactis et transact. Cap. 3. §. *Idem esse* etc. (*Oper.* Tom. I. pag. 493.) und Ferd. Christoph. HARTFELDT Diff. de transactione super fideicommissis, inter personas ad illud vocatas, (in EIUDEM Dissertation. academicar. Volum. II. Nr. LIV. pag. 271. seqq.)

5) L. 3. D. de Transact.

6) Ueber den Begriff eines Vergleichs sehe man WOLTAER Observat. iuris civ. et Brandenburg. Fascic. I. Observat. 20. und Matth. de LUTZENBERGER Diff. exhib. transactionis notionem, eamque inveniendi modos ex iuris Rom. principiis, praeside Christi. GALLII def. Tubingae 1795. 4.

7) in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 2.

ohne einige Bezehung auf Proceß ⁸⁾. 2) Der Zweck eines Transacts ist, daß das ungewisse Recht gewiß gemacht, also der Streit entschieden, oder ein Proceß verhütet, oder sonst die Ungewißheit einer Forderung gehoben werde; und zwar 3) dadurch, daß gegenseitig etwas gegeben oder erlassen, oder versprochen wird; denn ohnedieß ist kein eigentlicher Vergleich denkbar ⁹⁾. Zuweilen nehmen zwar die Gesetze das Wort *Transactio* in einer so weltläufigen Bedeutung, daß darunter jede Uebereinkunft der Partheyen, welche auf die Beilegung oder Entscheidung eines Rechtsstreits abzielt, verstanden wird. In dieser Bedeutung wird daher auch die Eidesdelation, ferner das Compromiß, wodurch die Partheyen sich vereinigen, einen Schiedsrichter in ihrer Sache zu bestellen, als eine Art von Transact angesehen ¹⁰⁾. Es sind indessen beyde Geschäfte von einem eigentlichen Transact doch immer darin wesentlich unterschieden, daß hier zur Entscheidung des Rechtsstreits von den Partheyen gegenseitig weder etwas gegeben, noch nachgelassen, noch versprochen wird.

Uebrigens ist es unter den Rechtsgelehrten streitig, ob die Transaction nach dem römischen Rechte ein bloßer Vertrag, oder ein Contract sey ¹¹⁾? An sich betrachtet, war

8) Io. D'AVRZAN Contractum libr. I. cap. 2. §. Quæri autem (in Thes. Meermannian. T. IV. pag. 10.)

9) L. 38. Cod. h. t. Transactio, nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit.

10) L. 2. D. de iureiur. L. 31. de fin. D. eodem.

11) S. de COCCYI ius civ. contrav. h. t. Qu. 2. Pet. BELLOIUS varior. iur. civ. Lib. I. cap. 4. (in Thes. Meermann. Tom. IV. pag. 676.) FACHINARUS Lib. I. controversiar iur. civ.

war wohl freylich der Transact nur ein bloßer Vertrag; er konnte indessen doch auch in der Form einer Stipulation, oder als ein unbenannter Contract geschlossen, und in dem erstern Falle die *actio ex stipulatu* ¹²⁾, in dem zweyten aber die *actio praescriptis verbis* angestellt werden, wenn nämlich einer von den Transigenten seiner Seite den Vergleich bereits erfüllt hatte ¹³⁾. Nur fand die sonst bey unbenannten Contracten zulässige Neue alsdann keine Statt, wenn der Vergleich die Absicht hatte, einen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem Rechtsstreite vorzubeugen ¹⁴⁾. Außerdem wurde der

U 3

Ver-

civ. cap. 20. CORASIVS Miscellaneor. Lib. I. cap. 23. 1of. Fernand de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 21. (in Thef. Meermann. Tom. VI, pag. 101.) besonders de LUTZENBERGER cit. Diff. §. 2.

12) *L. 6. Cod. h. t. L. 33. Cod. eodem.*

13) *LL. cit. 6. et 33. C. h. t. de RETES cit. loc. 1of. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 8. nr. 7. et 8. NOODT de pactis et transactionib. Cap. XIV. §. 4. et 5. (Oper. Tom. I. pag. 525. seq. VOET in Comm. h. t. §. 1. Io. ORTWO, WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 3. et 30. Die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche, wie MADDIUS in Princip. iur. Rom. P. II. §. 242. die Transaction für einen prätorischen Vertrag, oder, wie WOLTAER c. 1. p. 114. dieselbe sogar für einen Quasi-Contract hielten wollen, läßt sich also wohl schwerlich vertheidigen.*

14) *L. 39. Cod. h. t. L. 1. Cod. fam. ercisc. L. 6. Cod. de iuris et facti ignor. L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. Causas enim transactionibus legitimis semel finitas, ne imperiali quidem rescripto refuseitari oportet. L. 16. Cod. h. t. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 10. et 11. et Sect. III. Cap. I. nr. 6. Zwar ist de COCCO in iure civ. contrav. h. t. Quaest. 15. anderer Meinung; allein ich kann ihm nur in dem Falle*

Vergleich als ein bloßer Vertrag angesehen, welcher an sich nach dem römischen Rechte nur eine Exception gab, wenn demselben zuwider etwas verlangt wurde, aber keine Klage begründete, womit man direct auf die Erfüllung des Vergleichs hätte dringen können ¹⁵⁾). Daß jedoch nach heutigen Rechten jeder Vergleich, wenn er nur sonst auf eine rechts, gültige Art ist eingegangen worden, eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt, ist nach dem Zeugniß der berühmtesten practischen Rechtsgelehrten außer allem Zweifel ¹⁶⁾).

§. 346.

In wiefern ist die *Scriptur* beyh. *Transact* nöthig? Zeit des Vergleichs? Betrug hindert den *Transact*.

Ein Vergleich erfordert nun, wie jeder andere Vertrag, die Einwilligung der Partheyen. Ist diese auf eine rechtsverbindliche Art erklärt worden, so besteht der Vergleich, ohne daß die Partheyen darüber etwas schriftlich aufgesetzt haben ¹⁷⁾). Geschlehet es dennoch, so dient ein solcher

Falle Recht geben, wenn von einem solchen Vergleich die Rede ist, welcher ohne Beziehung auf einen Rechtsstreit, z. B. ob *incertum fideicommissi eventum*, geschlossen worden; wie auch *HARPER* in *Diss. cit. de transactione super fideicommissio inter personas ad illud vocatas* §. 31. sehr richtig bemerkt hat. Man sehe auch *EMMINGHAUS ad Coccejum, c. l. not. k. pag. 280.*

15) *L. 21. Cod. de pactis. L. 23. Cod. de transact. woodt de pact. et transact. Cap. 14. §. 2. et 3.*

16) *Io. SCHILTERI praxis iuris Rom. Exercit. IX. §. 3. in fin. und Sam. STRYK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 2.*

17) *L. 5. Cod. h. t. Licet nullum instrumentum intercesserit; tamen, si de fide contractus constat, scriptura, quae probatio-*
nem

der schriftlicher Aufsatz insgemein nur zum Beweise; vorausgesetzt, daß deutlich daraus zu ersehen ist, worüber und auf welche Art sich die Partheien eigentlich verglichen haben ¹⁸⁾). Zur Gültigkeit eines Transacts ist also die Scriptur nicht nöthig, wosern nicht etwa die Partheien unter sich ausgemacht haben, daß sie einen schriftlichen Vergleich errichten wollen, welches im Zweifel nicht vermuthet wird, sondern jederzelt von dem erwiesen werden muß, welcher behauptet, daß die Gültigkeit des Vergleichs von dem schriftlichen Aufsatze abhängig sey ¹⁹⁾). So wenig nun die Zeit an sich auf die Gültigkeit des Vergleichs Einfluß hat, so daß ein Transact eben so gültig zur Nachtzeit ²⁰⁾),

A 4

als

nem rei gestae continere solet, necessaria non est. L. 28 C. eodem. Sive apud acta, sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari convenit.

18) L. 38 C. h. t. GAIL Observat. pract. Lib. II. Obl. 13. nr. 7. et Obl. 71. nr. 3. VOET in Comm. ad Pandect. b. t. §. 1. in fin.

19) Renthe in dem angef. Versuche §. 12. S. 18.

20) L. 20. Cod. de transact. wo die Kr. Diocletian und Maximian an eine gewisse Antistia folgendermaßen rescribiren: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas; cum nullum tempus sanae mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet. Vielleicht hatte die Verordnung der 12. Tafel Gesezt: Sol occasus suprema tempestas esto; der Antistia zum Vorwand gedient, um den zur Nachtzeit geschlossenen Transact als ungültig anzusehen, oder daß es damalen überhaupt nicht erlaube gewesen, nächtliche Zusammenkünfte zu halten? Der eigent-

lich

als an Sonn- und Festtagen geschlossen werden kann²¹⁾; so ist doch übrigens die Einwilligung bey Schliessung eines Vergleichs von so grosser Wichtigkeit, daß alles, was den Consens hindert, auch der Gültigkeit des Transacts im Wege steht. Hieraus folgt, daß ein Vergleich ungültig ist, wozu ein Theil den andern durch Betrug verleitet hat²²⁾. Zwar mußte der Betrogene nach dem röm. Rechte *actione doli* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn der Vergleich mittelst einer Stipulation war eingegangen worden, wosern sich der Betrogene nicht mit der Clausel: *dolum malum abfuturum*, ausdrücklich vorgeesehen hatte²³⁾. Allein da dieses bloß auf die Grundsätze des röm. Rechts von *stricti iuris Contracten* seine Beziehung hat, welche h. z. T. keine Anwendung mehr finden, so ist nach heutigem Rechte ein solcher Vergleich *ipso iure* nichtig, wozu der Betrug des andern Theils die Veranlassung gegeben, dahingegen ein *dolus incidens* den Transact nicht schlechterdings aufhebt. Ueberhaupt treten hier die nämlichen Grundsätze ein, die schon oben (§. 296.) von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen sind vorgetragen

liche Grund, aus welchem der Vergleich angefochten wurde, läßt sich nicht errathen. Man sehe übrigens *H. van IDSINGA* *Varior. iuris civ.* Cap. 9. *RÜTTMANNI* *Probabil. iuris civ.* lib. II. cap. 4. und *Mich. Frid. ABEL* *Observat. iuris (Wirceb. 1788.)* Obl. 2.

21) *L. fin. Cod. de feriis.*

22) *L. 9. §. 2. D. de Transact. Ger. MOONT de pactis et transact. cap. 15. Christ. Henr. BRUNING Diss. iur. civ. de causa doli in transactione. Lipsiae 1755. Cap. IV.*

23) *L. 4. L. 19. Cod. h. r. God. Lud. MENEKAN D. de trans- actione ex falsa causa, Vitebm. 1717. §. 20. seqq.*

gen worden. Ist ein Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden, so mußte entweder der Producent, daß sie untergeschoben sind, oder er mußte es nicht, sondern hieselbe, so wie der andere Transigent, für ächt. In beiden Fällen ist der Transact ungültig, und er kann in dem ersten Falle *ex causa doli*, in dem andern aber *ex causa iusti erroris* angefochten werden, wenn gleich die Aufrechthaltung desselben eidlich wäre zugesagt worden ²⁴).

§. 347.

Zwang findet bey dem Transact der Regel nach nicht statt.
Kann der Richter eine Parthey zum Vergleich nöthigen?

Eben so gewiß ist es auch, daß Furcht und Zwang einen Vergleich, wie jeden andern Vertrag, ungültig macht ²⁵). Auch selbst kein Richter hat der Regel nach das Recht, eine streitende Parthey zur Annahme der Vergleichsvorschläge zu zwingen, welche der Gegentheil oder er selbst ihr gethan hat ²⁶). Der Richter ist zwar

U 5 aller

24) L. 42. Cod. h. t. DONELLUS in Commentar. ad h. L.

25) Daß jedoch nicht jede Furcht hinreichend sey, einen Vergleich als ungültig anzusehen, lehrt L. 15. Cod. de Transact, wo es heißt: *Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi, Edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit; sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.* C. Car. Frid. WALCH Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis. Ienae 1766. §. 16.

26) Nov. 124. cap. 4. L. 41. Cod. h. t. *Recess. imp. de a. 1512. P. 2. §. 8.* Reichshofst. Ordnung Tit. 2. §. 4. C. Aug. Bern. ZERREWEIN D. de Transactione cogenda. Alt. 1708. Sam. Frid. WILLENBERG D. de necessitate ad transigendum imposita,

allerdings befugt, ja sogar verbunden, die Partheyen bey einer jeden schicklichen Gelegenheit zu einer gütlichen Auskunft zu bewegen, und diese Pflicht liegt ihm besonders bey der ersten Zusammenkunft der beyden streitenden Theile vor Gericht ob, weil in dem Fortgange des Processus nicht selten, die Erbitterung unter ihnen in einem solchen Grade wächst, daß aller weitere Versuch einer gütlichen Auseinandersetzung vergeblich ist ²⁷⁾. Allein soweit erstreckt sich doch die Gewalt eines Richters nie, daß er, um einen Vergleich unter den Partheyen zu Stande zu bringen, sich übermäßiger Ueberredungen, oder unzulässiger Bedrohungen, oder anderer ungebührlicher Zwangsmittel bedienen dürfte ²⁸⁾. Es kann daher auch die richterliche Commination, daß der gethane Vergleichsvorschlag, im Falle die Erklärung darauf in dem deshalb bestimmten Termin von Selten

der

in *Eius Selectis iurisprud. civ. I. Exercitat. Sabbathin. P. II, Exerc. LXI. Io. Cosp. HEIMBURG D. de transactione iudiciali invita. Ienae 1746. und Sixt. Iac. KAFF D. de transactione imperata. Tübing. 1761.*

27) Jüngster Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 110. Reichs Hofraths Ordon. Tit. 2. §. 5. C. Io. Christ. ZINCK D. de amicabile compositione et in specie de transactionibus. Marb. 1741. Paul Wilh. SCHMID D. de officio et prudentia iudicis circa amicabilem litium compositionem. Ien. 1747. Ern. Mart. CHLADENII Observationes de compositione amicali. Viemb. 1763. Elaprotz's Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 146. ff. Smelin's und Elsäffer's gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band Nr. XVII. C. 239. f.

28) Hofmann's deutsche Reichspraxis 1. Th. §. 321. Not. 1. C. 205.

der Partheyen nicht erfolgen würde, für angenommen gehalten werden solle, von keiner rechtlichen Wirkung seyn, indem vielmehr von demjenigen, der sich auf einen solchen Vorschlag nicht erklärt, anzunehmen ist, daß er damit nicht zufrieden sey, sondern lieber die Sache im Wege Rechts ausmachen wolle. Der Richter kann zwar wohl eine solche Parthey, welche ihre Erklärung auf den ihr communicirten Vergleichsvorschlag, in dem anberaumten Termin nicht erstattet, in die Vergütung der Unkosten verurtheilen, und einen neuen Termin, allenfalls unter Androhung unter Geldstrafe, bestimmen ²⁹⁾, allein dazu ist er keinesweges befugt, den geschehenen Vergleichsvorschlag in contumaciam für eingegangen anzunehmen. Nur in dem seltenen Falle, da der vermorrenen Umstände und mangelnden Nachrichten halber es fast unmöglich ist, die Sache genau zu entscheiden, oder wo die weitere Untersuchung der Streitsache schon an sich selbst offenbar mehrere Kosten nach sich zieht, als der Gegenstand des Streits ausmacht, oder wo sonst das gemeine Beste die Beilegung eines Streits nothwendig macht, behauptet man, daß der Richter die Partheyen zur Eingehung eines Vergleichs nöthigen, und also, wie man sagt, durchgreifen dürfe ³⁰⁾. Allein wenn auch ein solches Verfahren des Richters unter den bemerkten Umständen gar wohl gerechtfertiget werden kann ³¹⁾,

so

29) Elaproth in der angef. Einleitung §. 149. S. 161.

30) Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bd. 66. S. 167.

ERRWEIN cit. Diff. Cap. II. §. 5. Elaproth in der angef. Einleitung §. 153. KAFF cit. Diff. §. 7. Meuthe §. 17.

31) Die L. 43. §. 3. D. de Usufr. und L. 21. D. de reb. credit. worauf sich insgemein bezogen wird, reden zwar eigentlich nicht

so ist doch eines Theils dergleichen Entscheidung nicht sowohl als ein Vergleich anzusehen, weil es hier an der freien Einwilligung der Partheyen fehlt, ohne die sich doch kein Vergleich denken läßt, sondern sie gilt allenfalls nur, wie unser Verfasser sagt, als eine *decisio litis ex aequo et bono brevi manu facta* ³²⁾; andern Theils aber kann auch wohl eine solche Gewalt nicht einem jeden Richter, der nicht zugleich den Landesherrn selbst repräsentirt, oder nicht wenigstens ein Landesgesetz für sich hat ³³⁾, eingeräumt werden, indem vielmehr dem Unterrichter in solchen Fällen, wo um des gemelnen Bestens willen ein Schritt geschehen soll, der von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, an den Landesherrn oder den Oberrichter, mit Einsendung der Acten, Bericht zu erstatten obliegt ³⁴⁾. Erlaubt sich der Richter, die Partheyen zum Transact zu zwingen, ohne daß ihm die Gesetze diese Gewalt erteilen, so ist nicht nur sein Verfahren nichtig, sondern er kann auch dieserhalb von den Partheyen *actione iniuriarum* belangt werden.

§. 348.

nicht vom Vergleich, wie *HEIMBURG* cit. Diff. §. 37. seqq. gezeigt hat; allein sie können doch analogisch allerdings zum Beweis gebraucht werden.

32) *SCHILTER* in *Praxi iur. Rom.* Exercit. IX. §. 25. *HEIMBURG* cit. Diff. §. 73.

33) Ein Beispiel giebt die *Cellische Canzleyordnung* Art. 2.

34) *MEVIUS* P. I. Decis. 224. Not. 14. *Ferd. Christoph. HARTFELCHT* Disp. de transactione iudiciali §. 8. (in *REJUSD. Dissertation. academ.* Vol. I. Disp. VII. p. 249.) *Elaprecht* a. a. O.

§. 348.

In wiefern macht Irrthum den Vergleich ungültig?

So gewiß es nun ist, daß bey Schließung eines Transacts weder Betrug noch Zwang vorkommen darf, wenn der Vergleich nicht ungültig seyn soll, so sehr wird im Gegentheil darüber gestritten, ob und in wiefern der Irrthum dem Vergleich im Wege stehe³⁵⁾. Man darf sich auch hlerüber eben nicht wundern. Denn bedenkt man einer Seits, daß doch zur Gültigkeit eines Vergleichs eben so, wie zu einem jeden andern Vertrage, die Einwilligung der Partheyen erfordert wird, der Irrthum aber der Einwilligung offenbar zuwider ist³⁶⁾; so sollte man fast denjenigen Recht geben, welche behaupten, daß der Irrthum einen Vergleich so, wie jeden andern Vertrag, ungültig mache³⁷⁾. Allein erwägt man auf der andern Seite, daß der Transact eben darin etwas besonders vor allen andern Verträgen hat, daß er jederzeit eine

55) Eine sehr gründliche Abhandlung über diese Frage ist des D. Mart. Guil. GORTZ Commentat. iur. civ. de errore in transactionibus recte aestimando. Altorfii et Norimbergae 1797. 4.

36) L. 15. D. de iurisdic. L. 20. D. de aqua et aquae plu. art. L. 116. §. 2. D. de Reg. iur. L. 9. Cod. de iur. et facti ignor. L. 36. D. famil. ercisc.

37) G. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. §. 35. SCHULTING in Eदार. rat. partis prim. Digestor. h. t. §. 20. God. Lud. MENCKEN Diss. de transactione ex falsa causa. Vitemb. 1717. §. 9 et 10. LEXSEN Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. med. 8. WALCH Introd. in contr. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. 2. §. 3. u. a. m.

eine zweifelhafte Sache voraussetzt, und daher schon selbst die Natur des Geschäfts es nicht so leicht zuläßt, daß um eines bloßen Irrthums willen, woben dem andern Theil keine Gefährde zur Last fällt, ein Vergleich angefochten werden könne, weil sich kaum gedenken läßt, daß bei einer zweifelhaften und dunkeln Sache nicht ein oder der andere Theil irren sollte, und der Vergleich eben dazu dienen soll, die genauere Erörterung der Sache, wodurch die Dunkelheit gehoben werden konnte, zu vermeiden; so scheint die entgegengesetzte Meinung derjenigen, welche den Irrthum durchaus nicht als eine Ursache gelten lassen wollen, aus welcher ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden könnte, mehr Beyfall zu verdienen ³⁸⁾. Selbst die Gesetze sagen es ausdrücklich, daß nicht in jedem Falle, wo ein anderer Vertrag eines vorgegangenen Irrthums wegen angefochten werden könnte, auch deshalb die Recission eines Vergleichs stat. finde, und gehen dadurch deutlich genug zu versiehn, daß hier der Schluß von Verträgen auf Transacte nicht schlechtlin anwendbar sey. Denn so rescribiren z. B. die Kaiser Diocletian und Maximian ³⁹⁾: *Si non transactionis causa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse, Rector provinciae animadvertit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet*; sie setzen hier als ganz bekannt voraus, daß, wenn Etwas aus einem errore facti, ohne Schuldigkeit

38) Dieser Meinung sind besonders LUDOVICI in doctrina Pandectar. h. t. §. 7. und MICH. GOD. WERNER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 1. et 3.

39) L. 6. Cod. de iuris et facti ignor.

bigkeit versprochen worden, aus einer solchen Stipulation keine Verbindlichkeit entstehe, daß hingegen ein solcher Irrthum einem Vergleiche seine Kraft im mindesten nicht entziehe; ja es wollen diese Kaiser ein für allemal nicht, daß ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werde, wenn auch gleich hernach durch neu aufgefundenen Urkunden der vorgegangene Irrthum augenscheinlich dargethan werden könnte.⁴⁰⁾ Gesezt also, daß der eine Theil in der ganz ungegründeten Besorgniß gestanden hätte, als ob über die Sache vielleicht ein Streit entstehen könnte, über welche der Vergleich geschlossen worden ist, so ist dennoch ein solcher Irrthum, wenn er auch hernach entdeckt wird, dem Transact unschädlich⁴¹⁾; genug, wenn nur
der

40) L. 19. C. h. t. Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. *io. Pet. de LUDWIG*, welcher in seinem *Paradoxo pro iure retractandi transactionem novis instrumentis repertis*. Halae 1704. (Tom. I. *Opuscul. miscellan.* pag. 964.) das Gegentheil zu behaupten sucht, will zwar diese L. 19. blos von den Fällen verstehen, da entweder die producirten neuen Documente falsch sind, oder wenigstens dem Vergleiche die allgemeine Clausel beygefügt worden ist, daß durch denselben alle und jede Rechtsgründe, die auch etwa noch künftig sich ergeben möchten, getilgt und abgethan seyn sollten, folglich auf die noch nachher gefundenen Urkunden schon zum voraus Verzicht geleistet worden ist. Allein diese irrige Meinung ist schon längst von *Franc. Iust. KORTWOLT* in *Diss. de rescissione transactionis ob reperta nova instrumenta*. *Giesae* 1756. Cap. II. §. 4. seqq. gründlich widerlegt worden. Man vergleiche auch *Aug. Cornel. STOCKMANN* *Diss. de transactionibus ob noviter reperta instrumenta non rescindendis*. *Lipsiae* 1793.

41) L. 65. §. 1. D. de condic. indeb. L. 2. Cod. de Transact.

der Transigent, den die Furcht vor einem Proceß zum Vergleich bestimmte, die Sache seiner Seite für zweifelhaft hielt, und dem andern Theil kein dolus dabey zur Last fällt ⁴²⁾. Dessen ungeachtet läßt sich aber doch nicht ohne alle Ausnahme behaupten, daß der Irrthum auf keine Weise dem Vergleich im Wege stehe. Denn die Gesetze enthalten allerdings mehrere Fälle, wo der Vergleich des Irrthums wegen mit vollkommenen Grunde angefochten werden kann. Dahin gehört, wenn der Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden ist, welche beyde Theile für richtig hielten ⁴³⁾; ferner wenn bey einem allgemeinen Transact, der über ein gewisses Genus geschlossen worden, gewisse dazu gehörige Individuen aus Irrthum für das Eigenthum eines Dritten darum gehalten worden sind, weil sich dieselben zur Zeit des errichteten Vergleichs in seinen Händen befanden ⁴⁴⁾; oder wenn man sich mit einem Haupt-

42) L. cit. 65. — Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, et repetitio dabitur, wie Haloander richtiger liest. S. woodr Observat. Lib. II. cap. 16. und de pactis et transact. Cap. 3.

43) L. 42. C. h. e. Sollte sich nur ein Theil des Vergleichs auf ein solches aus Irrthum für richtig gehaltenes Document gründen, so ist in den übrigen Puncten der Transact für ungültig nicht zu halten, wie das angeführte Gesetz in den Worten bestätigt: Ita tamen. ut, si de pluribus causis vel capitulis transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars tetractetur, quae ex falso instrumento composito convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus. S. Pütter's auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 4. Th. Resp. CCXXXVII. nr. 42.

44) L. 26. Cod. h. e. — Error circa proprietatem rei, apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae, nihil potest nocere. S. DONELLUS in Comm. ad h. L. nr. 7.

Haupterben über einen Erbspruch verglichen, ohne zu wissen, daß der Erblasser zu unserm Vortheil ein Codicill gemacht hatte, welches nachher erst aufgefunden worden ist ⁴⁵⁾; dergleichen wenn sich der Transact auf einen Rechnungsfehler gründet ⁴⁶⁾; endlich wenn der Irrthum die Person desjenigen betrifft, mit welchem der Vergleich geschlossen worden ist; z. B. wenn ich mich einer Erbschaft wegen mit dem verglichen habe, welchen ich für einen Verwandten und Intestaterben des Verstorbenen hielt, der

45) *L. 3. §. 1. L. 12. D. h. t.* Es läßt sich nicht behaupten, daß diesen Gesetzen durch die *L. 19. C. de Transact.* sey derogirt worden. Denn in diesem letztern Gesetz ist nur von solchen neu aufgefundenen Urkunden die Rede, welche den streitig oder zweifelhaft gewesenen Gegenstand betreffen, worüber der Vergleich geschlossen worden ist. Allein die angeführten *L. 3. u. L. 12. h. t.* reden von solchen Codicillen, worin den Transigenten noch ein neu Vermächtniß ist hinterlassen worden, welches von dem Erbspruche, den derselbe aus dem Testamente machte, ganz verschieden ist, und worauf also auch der Vergleich nicht gezogen werden kann, weil daran kein Theil gedacht hatte. *S. GOETZ cit. Commentat. §. 21.*

46) *L. un. Cod. de errore calculi.* Wäre jedoch der Vergleich über die streitige Rechnung selbst geschlossen worden, so kann derselbe wegen angeblicher in der Rechnung entdeckter Unrichtigkeiten nicht angefochten werden, wosern solche nicht etwa durch einen Betrug des andern Theils wären veranlaßt worden. *S. PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de errore calculi, GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. un C. de err. calculi p. 73. WERNER select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 427.* Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 1. Th. 16. Tit. §. 429. 430. u. 431. überein.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

2

der es aber nicht ist, ob er sich gleich selbst bona fide be-
für hielt ⁴⁷⁾). Da nun also die Geseze in einigen Fällen
die Rescission eines Vergleichs aus dem Grunde eines vor-
gegangenen Irrthums zulassen, in andern aber dieselbe
nicht gestatten, so haben verschiedene Rechtsgelehrte ver-
sucht, diese in den Gesezen vorkommende Fälle auf gewisse
allgemeine Regeln zu reduciren, um daraus beurtheilen zu
können, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich und
welcher demselben unschädlich sey. Zu dieser Parthey, wel-
cher man den Namen der *ICTorum herciscundorum* geben
könnte, gehört nun vorzüglich unser Autor ⁴⁸⁾). Er glaubt
nämlich, daß es zuvörderst darauf ankomme, ob sich beyde
Theile irren, oder ob der Irrthum nur auf einer
Seite vorhanden ist. Im ersten Falle unterscheidet er
wieder, ob der Irrthum wesentliche Stücke des Ver-
gleichs betrifft, oder nicht. Zu dem ersten Fall rechnet er
1) wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, die den Ge-
genstand des Vergleichs ausmacht, geirrt haben. Z. B.
der eine wollte sich über den Cornelianischen Fundus ver-
gleichen, der andere aber dachte an den Sempronianischen.
2) Wenn beyde Theile sich darln-geirrt haben, daß sie
eine Sache für zweifelhaft hielten, welche es doch nicht
war. Z. E. der Vergleich wurde durch ein falsches Docu-
ment veranlaßt, welches beyde Theile für richtig hielten.
Hieraus leitet er nun folgende zwey Regeln her:

a) Wenn

47) L. 36. in fin. D. fam. erisc.

48) Noch ausführlicher hat unser Verfasser seine Meinung vor-
getragen in seiner Dissertation de eo, quod ab species noviter
repertas circa transactiones iuris est. Ienae 1759. §. 15 — 18.
Hellfelds Meinung nimmt auch Kenthe in dem oben an-
geführten Versuch §. 19. an.

a) Wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, welche den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, oder in solchen Dingen, die zum Wesen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, geirrt haben, so ist der Vergleich nichtig;

b) Betrifft hingegen der Irrthum der Parteyen weder das Object, noch das Wesen des Transacts, so schadet er der Gültigkeit des Vergleichs nicht.

Ist der Irrthum nur auf der einen Seite vorhanden, so hat entweder, sagt unser B. der andere Theil diesen Irrthum durch Betrug veranlaßt, z. E. er hat die zur Sache gehörigen Urkunden unterschlagen, damit man nicht hinter die Wahrheit kommen möchte, oder der andere Transigent ist in bona fide. Im ersten Falle ist wohl freylich der Vergleich wegen des von dem andern Theile begangenen Dolus ungültig. Der Fall gehört aber eigentlich nicht hierher. Im letztern Falle hingegen macht unser B. den Unterschied, ob der Irrthum die Existenz der Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, angehet, oder nicht. Ist das erstere, so giebt er die Regel: Ein Vergleich ist ungültig, welcher über eine Sache eingegangen worden ist, die so, wie sich der Irrende vorstellte, und bey Schliessung des Vergleichs voraussetzte, wirklich nicht existirt. Hierher rechnet er folgende Fälle: 1) wenn der Transigent irrig glaubte, daß eine gemeinschaftliche Erbschaft vorhanden sey, und in dieser Voraussetzung mit demjenigen theilte und sich verglich, den er

B 2

für

für einen Miterben hielt, welcher es aber doch nicht war ⁴⁹⁾); 2) wenn der Vergleich über eine testamentarische Erbschaft unter der Voraussetzung geschlossen worden ist, daß das Testament an sich nicht ungültig sey, und hernach ergiebt sich, daß das Testament mit einem Fehler behaftet sey, weshalb es nicht zu Recht bestehen kann ⁵⁰⁾); 3) wenn ein Irrthum in der Rechnung vorgegangen ist, und dieser den Grund des Vergleichs ausmacht. Denn hier existirt die Summe nicht, welche die Partheyen beim Vergleich voraussetzen ⁵¹⁾. In dem letztern Falle hingegen, da der Irrthum rei existentiam nicht betrifft, könne der Vergleich des Irrthums wegen nicht angefochten werden, weil hier der Irrthum hätte vermieden werden können, wenn es den Partheyen gefallen hätte, den Weg Rechtsens einzuschlagen. Der Irrthum sey also hier ein *error voluntarius, qui erranti nocet*.

Ob uns diese Theorie in Stand setzen wird, in jedem vorkommenden Falle richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich oder unschädlich sey, daran zweifle ich sehr. Denn a) trägt hier der Unterschied, ob beyde Theile irren, oder ob nur ein Theil irrt, zur Entscheidung der Sache wenig bey, zumahl da die in dem letztern Falle vom Zellfeld angeführten Beispiele solche sind, wo der andere Transigent, wenn er nicht in dolo ist, sich mit dem Irrenden im gleichen Irrthume befindet. b) Wollte man mit unsern B. zur Regel annehmen, daß ein Vergleich nicht gelte, wenn die Partheyen aus Irrthum die

Sache,

49) L. 36. §. fin. *fam. ercise*.

50) L. 4. *Cod. de iuris et facti ignor.*

51) L. un. C. *de err. calculi*.

Sache, worüber sie sich verglichen, für zweifelhaft hielten, die es doch nicht war, so würde man in manchen Fällen die Rescission eines Transacts zulassen müssen, no gleichwohl die Gesetze dergleichen Aufhebung nicht gestatten, z. E. wenn der Vergleich aus Besorgniß, daß etwa ein Proceß entstehen könnte, welcher doch auf keine Weise zu befürchten war, geschlossen worden, oder wenn die Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, durch neu aufgefundene Urkunden, welche vorher beyden Theilen unbekannt waren, nun deraestalt ins Klare kommt, daß wenn diese Documente zur Zeit des Vergleichs vorhanden gewesen wären, es gar keines Transacts bedurft hätte. Es kommt ja bekanntermassen bey Schließung eines Vergleichs gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich zweifelhaft ist, sondern es ist genug, wenn sie den Partheyen zu der Zeit zweifelhaft zu seyn schien, da es ihnen gefiel, statt des langweiligern und kostbarern Weges der richterlichen Erörterung den kürzern Weg der Güte einzuschlagen⁵²⁾. Eben so wenig verdient auch die Zollerische Theorie unsern Beyfall. Zoller⁵³⁾ giebt die Regel: der Irrthum stehe dem Vergleich entgegen, insofern derselbe die Einwilligung der Partheyen selbst betrifft, welche den Grund des Transacts ausmacht; insofern hingegen der Irrthum blos den Gegenstand des Vergleichs, d. i. die zweifelhafte Sache, angeht, worüber der Vergleich geschlossen worden, so schade der

52) C. GUNPLING Diss. de transactionum stabilitate et instabilitate § 39.

53) In Diss. quæstionem: an ab errore rescindi possit transactio? continet. Lipsiæ 1765.

selbe dem Transact nichts. Allein, 1) läßt sich ein Irrthum in Ansehung der Einwilligung nicht leicht geben, der nicht auch zugleich das Object selbst beträfe. Das von Zoller zur Erläuterung seiner Regel angeführte Beispiel kann selbst einen Beweis hiervon geben. Ich vergleiche mich mit dem Titius, der eine Forderung von tausend Gulden an mich machte, auf eine Summe von fünfhundert Gulden. In der Folge ergiebt sich, daß ich ihm überhaupt nie mehr, als 500 fl. schuldig gewesen sey. Hier betrifft mein Irrthum zwar allerdings den Consens, denn ich wollte dem Titius eigentlich eine geringere Summe bewilligen, als er meiner Meinung nach von mir zu fordern hätte. Aber betrifft denn nicht auch dieser Irrthum zugleich das Object selbst? Denn darüber waren wir ja uneins, wie viel ich dem Titius noch zu bezahlen hatte, räumte ich ihm nun gleich nicht seine ganze Forderung von 1000 fl. ein, so glaubte ich doch, daß ich ihm wenigstens noch mehr als 500 fl. schuldig wäre, und suchte also durch den Vergleich eine Minderung meiner Schuld zu bewirken. Es ist daher allerdings ein *error circa objectum* vorhanden, der aber, weil er die Partheyen zur Eingehung des Vergleichs veranlaßte, zugleich als ein *error circa consensum* angesehen werden kann. Sodann aber steht ja auch 2) der *error circa consensum* nicht in jedem Falle der Gültigkeit des Vergleichs im Wege, so wie im Gegentheil der Irrthum in Ansehung des Objects nicht in jedem Falle unschädlich ist. So ist z. B. der Transact ohne allen Zweifel ungültig, wenn der Gegenstand desselben schon zu der Zeit, da selbiger geschlossen wurde, ohne daß es die Partheyen wußten, zu Grunde gegangen; dahingegen schadet in dem vom Zoller angeführten Falle der *error*

ror circa consensum dem Vergleiche nichts, wenn gleich Zoller das Gegentheil behaupten will ⁵⁴⁾).

Aus diesem ollen, was wir bisher gesagt haben, ergibt sich nun also, deutet mir, ganz deutlich, daß man bei Beurtheilung des Irrthums in Ansehung eines Transactes vielmehr darauf zu sehen habe, ob der Irrthum den streitigen oder zweifelhaft gewesenem Punct betreffe, worüber der Vergleich geschlossen worden, oder ob derselbe auf so etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht hatten, sondern was sie für gewiß und unzweifelhaft hielten. In dem letztern Falle lassen sich die Grundsätze de errore in pactis commissio vollkommen anwenden, und der Irrthum steht hier dem Vergleiche eben so, wie einem jeden andern Vertrage; im Wege ⁵⁵⁾. Allein in dem erstern Falle läßt die Natur und der Zweck des Vergleichs keine Rescission des Irrthums wegen zu ⁵⁶⁾. Die Gesetze, welche bereits in dem Vorhergehenden angeführt worden sind, bestätigen diesen Unterschied ganz deutlich, denn in allen den oben vorgekommenen Fällen, wo die Aufhebung eines Vergleichs des Irrthums wegen zugelassen wird, läßt sich kein anderer Grund der Entscheldung annehmen, als der, weil der Irrthum nicht das caput controversum, worüber der Vergleich geschlossen worden, sondern eine ganz andere Sache betraf, worüber unter den transigirenden

B 4

Par.

54) COETZ cit. Comment. §. 39.

55) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Edß angef. Commentation §. 20. und folg.

56) L. 10. C. h. t. — Nullus etenim erit litium finis, si transactionibus bona fide interpositis coeperit facile discedi.

Partheyen gar kein Streit noch Zweifel obwaltete; da hingegen der Irrthum in allen Fällen, in welchen die Gesetze solchen bey Transacten für unschädlich erklären, immer gerade den unter den Partheyen streitig oder zweifelhaft gewesenen Punct selbst betrifft, welcher durch den Vergleich bestimmt, und zur Gewißheit gebracht worden ist. Zum Beispiel mag die Entscheidung der Kaiser Leo und Anthemius ⁵⁷⁾ über die Rechtskraft eines auf falsche Urkunden sich gründenden Vergleichs dienen. Die Kaiser unterscheiden hier zwey Fälle: entweder beyde Theile hielten die Urkunden für ächt, und nahmen sie zur Grundlage ihres Vergleichs an, ohne daß ihnen wegen der Unächtheit derselben auch nur der geringste Zweifel befiel; oder es war über die Aechtheit der Documente unter den Partheyen gestritten, und dieser Streit durch den Vergleich beygelegt worden. In dem ersten Falle erklären die Kaiser den Vergleich für ungültig, wenn sich nachher die Unrichtigkeit der Urkunden offenbahret hat. Denn hier betrifft der Irrthum der Partheyen einen Umstand, der unter ihnen ganz unstreitig war, und welcher überdem den Grund des ganzen Vergleichs ausmachte. In dem letztern Falle hingegen soll der Vergleich, wodurch der Streit über die Aechtheit der Urkunden unter den Partheyen beygelegt worden ist, aus dem Grunde des Irrthums auf keine Weise rescindirt werden, wenn auch gleich in der Folge solche Beweise sich gefunden haben sollten, welche das vitium des streitig gewesenen Documentis ausser allen Zweifel setzen. Denn hier betrifft der Irrthum das caput controversum selbst, und ist ein solcher, den die Partheyen nicht vermeiden wollten,

weil

57) L. 42. Cod. h. t.

weil sie die Kosten und Weitläufigkeiten einer genaueren Erörterung der Sache scheueten ⁵⁸⁾).

§. 349.

Gilt ein Vergleich über testamentische Verlassenschaften, ohne daß die Partheyen vorher das Testament eingesehen und gelesen haben?

Die Frage, welche unser B. hier entscheidet, ob nämlich Streitigkeiten über testamentliche Verlassenschaften auf eine rechtsgültige Art verglichen werden können, ehe das Testament eröffnet, und von den Partheyen gelesen worden ist? ist allerdings unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Zwar sind darin alle Rechtsgelehrten einig, daß wenn schon vor der Eröffnung des Testaments der Inhalt desselben den Partheyen auf irgend eine Art, z. B. aus der Erzählung glaubwürdiger Personen, die bey der Verfertigung des Testaments gegenwärtig gewesen, bekannt geworden seyn sollte, der darüber geschlossene Vergleich nicht ungültig sey ⁵⁹⁾. Allein die eigentliche Streitfrage ist, ob der Transact vor der Eröffnung des Testaments auch in dem Falle zulässig sey, da der Inhalt desselben den Partheyen noch nicht hinlänglich bekannt ist. Hier sind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Viele, denen

B 5 auch

58) GOETZ cit. Commentat. §. 24.

59) S. FABER in Cod. definition. for. Lib. II. Tit. IV. Defin. 1. STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 6. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 243. RUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 142. Hymmen's Beiträge zur jurist. Literatur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 87. Rente in dem angef. Versuche §. 34. u. a. m.

auch unser Verfasser beystimmt, halten dafür, daß in diesem letztern Falle Streitigkeiten über dasjenige, was in einem Testamente hinterlassen worden ist, nicht gültig verglichen werden könnten, wofern nicht zuvor das Testament von den Parthejen gehörig eingesehen und gelesen worden wäre ⁶⁰⁾. Es kann auch nicht geläugnet werden, daß diese Meinung manche, gewiß nicht unerhebliche Gründe für sich hat. Denn so lange das Testament noch nicht eröffnet worden, und auch sonst der Inhalt desselben nicht bekannt ist, kann man ja nicht wissen, wer eigentlich Erbe sey. Mit wem wollte man also wohl den Vergleich abschließen? Man kann sich auch nicht füglich denken, daß ein Streit über den Inhalt eines Testaments entstehen könnte, den man noch nicht weiß, oder der nicht wenigstens sogleich durch die Einsicht des Testaments beygelegt werden könnte, ohne daß es eines Vergleichs bedarf. Es scheint folglich an einem

60) Man sehe VORT Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. et 13. VINNIUS select. iuris quaestion. Lib. I. cap. 8. und Ebenderselbe in Tract. de Transactionibus cap. 5. Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. IV. cap. 5. nr. 2. sqq. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disput. VII. Th. IV. Lit. E. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3. WISENBACH Exercit. ad Pandect. Disput. X. §. 9. BOECKELMANN Exercit. ad Pandect. h. t. §. 6. Heinr. Io. ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. (Trajecti ad Rhen. 1774. 8) Cap. III. pag. 137. seqq. Guil. van EVERSDYK Diss. ad L. 6. D. de Transact. (in G. OELRICHS Thes. Diss. Belgicar. Vol. III. pag. 117.) Io. Henr. WOLFART Tract. iurid. in qua transactionem testamenti tabulis nondum inspectis initam esse Non ens, demonstratur. Marburgi et Hanoviae 1747. Christ. Henr. BRÄUNING. Diss. iur. civ. de transactionibus super relictis in testamento tabulis non inspectis. Lipsiae 1768. Renthe in dem angef. Versuch §. 34. und 35.

nem wesentlichen Erforderniß des Transacts zu fehlen. Sodann sagt auch Gajus ⁶¹⁾ ganz ausdrücklich: *De his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti* ⁶²⁾. Man wendet zwar dagegen ein, die L. 6. h. t. sey ein lex fugitiva, und gehöre gar nicht zu der Lehre von Transacten, sondern beziehe sich lediglich auf das Edict des Prätors de aperiendis testamentorum tabulis, wie aus der Vergleichung der L. 1. §. 1. D. Testamenta quemadm. aperiant. erhelle, welche aus eben dem libro XVII. GAI ad Edictum provinciale, wie die L. 6. h. t. genommen sey ⁶³⁾. Denn da heiße es: omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. Ratio huius Edicti manifesta est. Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Hieraus sey offenbar, daß die L. 6. h. t. ganz aus ihrem
Zu

61) L. 6. D. h. t.

62) Eben so lautet diese Stelle auch griechisch in den Basilicis XI. 2. Tom. I. pag. 771. der Fabrotischen Ausgabe: *Περὶ τῶν ἐν διαθήκης Φιλονεικίαν ἔχόντων οὐτε διαλύεσθαι δυνατόν, οὐτε τί ἀληθές ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζόμενον τῶν τῆς διαθήκης ρημάτων; d. i. de controversiis ex testamento venientibus neque transigi potest, neque exquiri veritas, quam prolatis verbis testamenti.*

63) S. Jac. LABITTI usum iudicis Pandectarum Cap. II. §. 13. (in Abrah. WIELINGII Iurisprud. restituta. Amstel. 1727. P. II. pag. 21. seq.)

Zusammenhange gerissen worden sey, und nur den Grund enthalte, warum der Prätor einem jeden, welchem daran gelegen sey, ein Testament einzusehen, und Abchrift davon zu nehmen, die Vorlegung des Testaments auf sein Verlangen gestatten wolle. Ueberdem bedeute hier der Ausdruck *transigere* nicht soviel, als Streitigkeiten durch gütliche Uebereinkunft der Partheyn beylegen, sondern vielmehr selbige durch Anstellung der Klage aus dem Testamente vor Gericht verhandeln⁶⁴). Allein dieser Einwurf ist freylich nicht von solcher Wichtigkeit, daß er sich nicht aus dem Wege räumen ließe. Denn zugegeben, daß die L. 6. h. t. ihrem ursprünglichen Zusammenhange nach sich auf das Edict des Prätors von Eröffnung der Testamente bezogen hätte, so ist doch kein hinlänglicher Grund einzusehen, warum nicht diese Stelle auch in dem Titel von *Transacten* einen Platz behaupten könne⁶⁵); da ja eben die Nothwendigkeit der Einsicht des Testaments, bey Schließung eines Vergleichs darüber, den Prätor bewogen haben kann, jenes Edict zu proponiren. Es bedarf auch wohl keines weitläuf-

64) Dieser Meinung ist besonders COCCETTI in *iure civ. controv.* Lib. XXIX. Tit. 3. Qu. 3. dem auch ECKHARD in *Hermenevt. iuris* Lib. I. Cap. V. §. 172. Not. *: bestimmt. Allein schon längst vorher tadelte AUT. FABER in *Rational.* ad L. 6. D. de *Transact.* wegen dieser Erklärung des Aemil. FERRETUS ad L. 3. D. de *Transact.* und Iac. CUVACIUS ad L. 1. D. eod. Sie ist also wohl dem Cocceji nicht eigenthümlich.

65) Eben dieses haben auch schon Emund. MERILLIUS *Observation.* Lib. III. cap. 14. ARNTZENIUS *Miscellaneor. libro cap.* 13. pag. 143. und Car. Frid. WALCH in *Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis.* Ienae 1766. §. VII. pag. 18. bemerkt.

läufigen Beweises, daß die Erklärung des Worts *Transfigere* in jener uneigentlichen Bedeutung hier nicht statt finden könne, da es vielmehr in der L. 1. D. Testam. quemadm. aperiant. ganz ausdrücklich heißt: *sine iudice transfigi*, eine *facultas agendi ex testamento* aber *sine iudice* nicht denkbar ist ⁶⁶). Man führt jedoch noch andere Gründe an, warum das römische Recht *Transacte* über letzte Willensverordnungen nicht zulasse, ohne sich vorher von dem Inhalte derselben hinlänglich unterrichtet zu haben. Denn es war nicht nur den römischen Gesetzgebern überhaupt daran gelegen, daß die letztern Willensverordnungen gehörig befolgt, und von habgüchigen Erben nicht unterschlagen werden möchten ⁶⁷); sondern es kann auch vielleicht die *vicecima*, welche insonderheit von Testaments-Erbchaften an den Fiscus abgegeben werden mußte, und zu den Zeiten des Gajus unstreitig noch im Gebrauche war ⁶⁸), mit eine Ursache jener gesetzlichen Verordnung gewesen seyn, indem auf solche Art der Vergleich auch selbst dem Fiscus gar leicht zum Nachtheil hätte gereichen können, wenn er vor der Eröffnung des Testaments gleichsam auf ein bloßes Gerathewohl erlaubt gewesen wäre ⁶⁹): nicht zu

geben.

66) Man sehe hier, was gegen ECKHARD C. I. sehr gründlich WALCH in not. ad Eundem §. 172. pag. 336. etinnert hat.

67) L. 5. D. Testam. quemadm. aper.

68) S. Pet. BURMANNI Diss. de Vectigalibus populi Rom. Cap. XI.

69) Mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit hat dieses Car. Frid. SCHUBERT in Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicecimam hereditatum. Helmst. 1749. zu erweisen gesucht. Dieser behauptet, daß zwar zu den Zeiten des Gajus ein Vergleich vor der Eröffnung des Testaments

gedenken, daß durch eine solche Voreiligkeit auch manche heilsame Verfügung des Testators würde vereitelt worden seyn. Dessen allen ungeachtet aber ist doch die Sache hier durch, wenigstens der Theorie nach, noch keinesweges außer Zweifel gesetzt, denn die Gründe welche zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung von andern Rechtsgelehrten.⁷⁰⁾ angeführt worden, sind gewiß von nicht geringerem Gewichte.

Testaments unerlaubt gewesen, solcher hingegen zu Justinians Zeiten statt gefunden habe.

- 70) Man vergleiche hier vorzüglich *Ger. NOODT* de pactis et transactionib. cap. 18. (*Oper* Tom. I. pag. 535. seq.) *Franc. BALDWINUS* in Iustiniano. Lib. III. pag. 264. (edit. *Argentorat.* 1596. 8. et Tom. I. *Iurisprud. Rom. et Att.* p. 1149.) *Ant. FABER* in Rational. ad L. 6. D. h. t. *Casp. SCHIFFORDEGHER* ad *Anton. Fabrum* (*Oppenheim.* 1610. f.) Lib. II. Tract. XXV. Qu. 7. et 8. *Ant. SCHULTING* Diss. de transactione super controversiis, quae ex ultimis voluntatibus proficiscuntur, etiam non inspectis vel cognitis earum verbis, recte ineunda. (in *ALU. Commentat. academ.* Vol. I. *Halae* 1770. 8. Diss. IV. pag. 201. seqq.) *Nic. Hieron. GUNDLING* Diss. de transactione testamenti tabulis non inspectis. *Halae* 1735. *Christ. Lud. CRELL* Observationes ad L. 6. D. de Transact quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis. *Vitemb.* 1739. *Bern. Henr. REINOLDI* Orat de Legum inscriptionibus §. 6. (in *Opuscula* a *IUGLERO* edit. pag. 564. seqq. *Henr. BRECKMANN* Diatriba de Erematicis Herennii Modestini. Cap. XII. §. 10. nr. 3. pag. 262. *Ger. SCHROEDER* Observat. iur. civ. Lib. II. cap. 13. *Io. Aug. BACHII* Diss. de iure transactionis super controversiis ex testamento, non cognitis tabulis *Lipsiae* 1752. (in *Opuscul.* a *KLOTZIO* edit. pag. 75. spq. *Io. van der LEUDEN* ad *Voetii* Commentar. Sect. I. (*Traject. ad Rhen.* 1793. f.) h. t. pag. 64. *Io. WOLBERS* Observat. cap. 7. und *Webers* systemat. Entw.

Gewichte. Es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß wenn von einem Vergleiche über einen Testamentsstreit die Rede ist, der noch vor Eröffnung und Einsicht des Testaments ist eingegangen worden, dabey allerdings vorausgesetzt werde, daß einmahl überhaupt bekannt sey, wer Erbe ist, und dann zweytens der Transigent auch wenigstens soviel erfahren haben müsse, daß er in dem noch uneröffneten Testament bedacht worden sey, obgleich die nähern Umstände dabon, und wie viel das Vermächtniß beträgt, den Partheyen noch zur Zeit unbekannt ist. Nun stelle man sich einmahl folgenden Fall vor. Titius hat ein Testament gemacht, und solches durch einen Bevollmächtigten bey einem auswärtigen Gericht hinterlegen lassen. Ich erfahre, daß mit in dem Testamente was vermacht worden ist, allein was und wie viel? ist noch unbekannt, weil das Testament noch in den Gerichten uneröffnet liegt. Der Intestaterbe, welcher zugleich im Testament instituit worden ist, läßt sich verlauten, daß er das Testament nicht werde gelten lassen, weil es nicht von dem Testirer selbst, sondern durch einen andern den Gerichten übergeben worden sey. Um diesem Streite auszuweichen, vergleiche ich mich wegen meines Vermächtnisses mit ihm, ohne die Eröffnung des Testaments abzuwarten. Sollte man im Ernste hier wohl behaupten können, daß es dem geschlossenen Vergleiche an einer *re dubia* fehle? oder daß der Zweifel sogleich durch die Eröffnung des Testaments gehoben werden könnte? Ja kann nicht selbst die Eröffnung des Testaments noch mit soviel Weilsäufzigkeiten verknüpft seyn, daß man, um diese

zu

wicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65.
 Not. 5. C. 253.

zu vermehren, gern eine bare Summe annimmt, wenn auch gleich das Vermögen vielleicht mehr betragen sollte? Mit welchem Rechte wollte ich nun wohl einen solchen Vergleich anfechten? Hab ich dadurch Schaden gelitten, so ist es immer meine eigene Schuld, weil mich Niemand zum Vergleich genöthiget hat. Es heißt also hier: *consentientis nulla est laesio, et damnum, quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur sentire* ⁷¹⁾. Sollte ich aber nicht vielleicht auf den Benfall der Gesetze rechnen können, wenn ich den Vergleich anfechten wollte, weil doch nach den ausdrücklichen Worten des Gajus ein Transact über Streitigkeiten, welche aus einem Testamente entstehen, nicht anders eingegangen werden kann, als wenn die Parthenen das Testament gelesen haben? Ich bin noch immer davon überzeugt, daß die Worte des Gajus keine eigentliche gesetzliche Vorschrift enthalten. Denn soviel bleibt doch unwidersprechlich wahr, daß die L. 6. D. h. t. wenn man sie mit der L. 1. D. Quem testam. aper. vergleicht, nur blos den Grund enthält, warum der Prätor sein Edict de inspiciendis describendisque testamenti tabulis bekannt gemacht hat. Es ist daher der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche der röm. Juristen allerdings gemäßer, wenn man die Worte des Gajus: *non potest* so erklärt: *non commode* oder *utiliter non potest*; so wie sich auch Paulus ⁷²⁾ in einem andern Falle ausdrückt. Wenigstens läßt sich kein hinlänglicher Grund

von

71) L. 203. D. de Reg. iur.

72) L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut. wo die Worte: *quia duo tutores simul agere non possunt*, nichts anders heißen, als *commode et sine damno pupilli agere non possunt*. wie Henr. BRENCMANN c. l. sie ganz richtig erklärt.

von einer gesetzlichen Prohibition angeben ⁷³⁾. Wollte man solchen von der allgemeinen Begünstigung der Testamente hernehmen, so würde daraus folgen, daß der Vergleich auch eben so wenig nach der Eröffnung des Testaments geschlossen werden dürfte. Ja man würde sich nicht einmal einer Erbschaft begeben können, wenn man an den Worten des Paulus ⁷⁴⁾: publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, kleben wollte. Und überhaupt frage ich, ob nicht Transacte, wodurch ein ungewisses und zweifelhaftes Recht gewiß gemacht wird, eben sowohl Begünstigung verdienen, zumal da sie oft das beste Mittel sind, Testamente aufrecht zu erhalten, welche vielleicht, wenn man den Streit darüber der richterlichen Erörterung und Entscheidung hätte überlassen wollen, wären aufgehoben und für nichtig erklärt worden? Man kann auch ferner mit Grunde nicht behaupten, daß ein solcher Vergleich der Legi Iuliae vicelimiriae zuwider gewesen wäre, wie Bach ganz einleuchtend gegen Schubert gezeigt hat ⁷⁵⁾. Dagegen läßt sich noch ein sehr bündiges Argument für die Gültigkeit desselben daher nehmen, daß auch ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Testamentsstreit, ohne vorhergegangene Vorlegung und Einsicht des Testaments, entschieden worden ist, in den Gesetzen ⁷⁶⁾ für rechtsbeständig erklärt

73) *Si hoc valere deberet*, sagt SCHIRONDEGHER c. l. pag. 275. *ut ea, quae pro iuris alicuius ratione sunt adducta, pro ipso iure constituto accipiamus, iurisprudentia nostra subvertatur successu est.*

74) L. 6. D. Quem. testam. aperiant.

75) cit. Dist. §. 8.

76) L. 11. pr. D. except. rei iudic.

erklärt wird, da doch dieses Falles in der L. 1. §. 1. D. Quem. test. aper auf gleiche Weise Erwähnung geschehen ist. Der Gerichtsgebrauch in Teutschland nimmt indessen jene erstere Meinung an, und erklärt einen solchen Vergleich für ungültig, welcher über Testamentsstreitigkeiten ist eingegangen worden, ohne daß den Partheyen zuvor das Testament vorgelegt, und von ihnen gelesen worden ist, es wäre denn, daß der Vergleich vermittelt eines Eides bekräftiget worden ⁷⁷⁾.

§. 350.

Findet ein Transact noch post rem indicatam statt?

Ein Vergleich setzt immer eine streitige oder zweifelhafte Sache voraus. Hieraus ist nun ferner die Frage zu entscheiden, ob noch post rem indicatam ein Transact statt finden könne ⁷⁸⁾? Da die Gesetze

77) G. GAILIUS lib. II. Obs. 139. n. 9. Io. a SANDA Decision. Lib. IV. Tit. V. Definit. 15. p. 58. Io. SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercitat. IX. §. 9. MANTICA de tacitis et ambiguis conventionibus Lib. XXVI. Tit. 2. VINNIUS de Transactionibus Cap. V. §. 8. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 57. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 19. MOENNER Consultat. T. II. P. I. Decis. 59. n. 10. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 10. REINHARTH Observat. ad Christinaeum Vol. I. Obs. 51. nr. 7. BACH cit. Diss. §. 9. II. SCHULTING Thes. controuv. Decad. VIII. §. 9. (Commentat. acad. Vol. III. p. 23.) Eben dies verordnet auch das neue Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. I. Th. 16. Tit. §. 442. u. 443.

78) Ueber diese Frage haben geschrieben Io. Nic. MARTIUS in Diss. de transactione post rem indicatam. Giesae 1705. CAR. KUOZ D. de transactione super re iudicata. Altorfii 1723. und Mart.

sehe solches an dem einem Orte bejahren ⁷⁹⁾; an dem andern hingegen wieder vernennen ⁸⁰⁾; so kommt es vor allen Dingen darauf an, in welcher Bedeutung der Ausdruck *res iudicata* in den Gesetzen genommen wird. Im allgemeinen Verstande wird *res iudicata* für eine jede richterliche Sentenz genommen ⁸¹⁾, welche freylich auf Selten des Richters gleich mit ihrer Publication in so fern rechtskräftig wird, daß der Richter, der sie gesprochen hat, nichts weiter daran ändern kann ⁸²⁾. In diesem weltläufigen und uneigentlichen Sinne sagt Ulpian ⁸³⁾, daß auch noch post rem iudicatam, d. i. nach erfolgter Sentenz, ein Vergleich unter den Partheyen geschlossen werden könne, nämlich wenn entweder eine Appellation dagegen wirklich schon interponirt worden ist, oder wenigstens noch eingewendet werden kann. Denn da leicht in der Appellations-Instanz ein reformatorisches Erkenntniß erfolgen kann, so ist hier noch immer *res dubia* vorhanden. Versteht man hingegen unter einer *re iudicata* eine solche richterliche Sentenz, welche dergestalt in die Rechtskraft übergegangen ist, daß kein Rechtsmittel weiter-dagegen eingewendet werden

C 2

den

Mart. Wolder. SCHROETTERINGK D. eiusd. tituli. Lugduni Bat.
1754.

79) L. 7. pr. D. h. t. L. 11. D. cod.

80) L. 23. §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. Cod. eodem.

81) L. 1. D. de re iudic. und CICERO ad Herennium Lib. II. cap. 13. sagt: *Iudicatum est id, de quo sententia lata est, aut decretum interpositum.* Add. L. 14. C. de appellat. vort in Comment. ad Pand. T. II. Lib. 42. Tit. 1. §. 2.

82) L. 55. D. de re iudicata,

83) L. 7. pr. D. h. t.

den kann; so findet kein Transact weiter statt ⁸⁴⁾. Denn ein rechtskräftiger Urtheilspruch muß als Wahrheit und Recht gelten ⁸⁵⁾. Was ist also hier noch weiter zu entscheiden übrig ⁸⁶⁾? Wäre ein solcher Vergleich dennoch geschlossen, und durch Zahlung vollzogen worden, so kann, wie Ulpian ⁸⁷⁾ sagt, die Zahlung zurück gefordert werden, nämlich nach Abzug dessen, was vermöge der rechtskräftigen Sentenz zu bezahlen war. Eine Ausnahme wäre jedoch in den Fällen zu machen, wenn es entweder noch zweifelhaft ist, ob *res iudicata* vorhanden sey ⁸⁸⁾, oder die Execution

84) *L. 32. Cod. h. t. Si causa cognita prolata sententia, sicut, iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae.* Daß dies auch noch h. z. T. in der Praxis gelte, bezeugen MEVIUS P. VIII. Decis. 493. MÜLLER ad STRUVII Syntagma Exercit. VI. Th. 50. not. γ. BERGER in Oeconom. iur. lib. IV. Tit. 34. Th. 3. et Not. 1. u. a. m.

85) *L. 207. D. de Reg. iuris. Res iudicata pro veritate accipitur.* Vlt. Ant. SCHULTING in iurisprud. Antejust. pag. 220. Not. 13.

86) Schon in dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex finden wir mehrere kaiserliche Rescripte, die eben dieses verordnen. Man vergleiche *L. 3. 4. 5. 8. et 9. Cod. Gregor. de pactis et transact.* (in Ant. SCHULTING iurisprud. Antejustin. pag. 685. seq.) *L. 3. Cod. Hermog. ead. tit.* (apud SCHULTINGIUM c. 1. pag. 711.) und *L. 2. Cod. Theod. h. t.* (apud Iac. GOTHOFREDUM Tom. I. pag. 146.)

87) *L. 23. §. 1. D. de conduct. indeb.*

88) *L. 11. D. h. t. Post rem iudicatam, etiam si provocatio non est interposita tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit; quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri*

cution der Sentenz noch Streit verursachen, oder sonst noch mit vielen Schwierigkeiten und Kosten verbunden seyn kann ⁸⁹⁾. Man unterscheide übrigens einen Transact von einem pacto remissorio, welches ohne Zweifel auch noch nach einem rechtskräftig abgeurtheilten Proceß statt findet; z. B. ich erlasse meinem Schuldner die Summe, zu deren Bezahlung er rechtskräftig verurtheilt worden ist, ganz oder zum Theil, so gilt dieß zwar, allein nicht als ein Vergleich, sondern als eine Schenkung ⁹⁰⁾.

C 3

§. 351.

fieri potest. Hierher gehört, wenn über die Gültigkeit der Sentenz, wider welche keine Appellation eingewendet worden, gestritten wird, und es wirklich zweifelhaft ist, ob sie in die Rechtskraft übergegangen sey, oder wenn die Frage davon ist, ob nicht contra rem iudicatam noch ein Restitutionsgesuch statt finde? in allen diesen Fällen ist der Vergleich noch zulässig.

89) CRYSEN Vol. IV. Specim. CCXL. medit. 6. pag. 836. Nenthe §. 33. C. 68.

90) Daher sagt Paulus *Lib. I. Sentent. receptar. Tit. I. §. 5.* bey SCHULTING in *iurisprud. Antej.* pag. 220. Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet; und eben dieser Paulus sagt in der *L. 7. §. 13. D. de pactis* der Vertrag sey gültig, wodurch ich mir versprechen lasse, daß mein Gegner die actionem indicati nicht gegen mich anstellen wolle. Es ist zwar sonst dem öffentlichen Wohle des Staats gemäß, daß Sentenzen exequirt werden, aber dieses erfordert doch nur alsdann die Execution, wenn es der Sieger haben will. C. vort h. t. §. 11. und WISSMACH in *Exercitat ad Pandect. Disp. X. §. 6.*

§. 351.

Ein Vergleich hat vim rei iudicatae; doch nicht immer.

Durch einen Vergleich wird so, wie durch ein richterliches Erkenntniß, ein Streit entschieden ⁹¹⁾. Er hat daher auch nicht weniger Kraft, als ein rechtskräftiges Urtheil ⁹²⁾. Denn aus einem gültig eingegangenen Vergleiche entspringe eben so, wie aus einer rechtskräftigen Entscheidung, eine proceßhindernde Einrede ⁹³⁾, d. i. wenn mich mein Gegner wegen der Forderung, weßhalb wir uns verglichen haben, dennoch belangt, so kann ich ihm die exceptionem transactionis entgegen setzen, und brauche mich, sofern meine Einrede sogleich liquid ist ⁹⁴⁾, auf die Klage gar nicht einzulassen. Es kann ferner ein Vergleich so wenig, als ein rechtskräftiges Erkenntniß, aus dem Grunde angefochten werden, daß gewisse Urkunden neuerdings erst aufgefunden worden, von denen man vorher keine Wissenschaft gehabt hat.

91) In den Gesetzen wird daher der Vergleich eine decisio genannt. *L. 7. pr. D. de condict. furt. L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid. L. 19. L. 33. C. h. t.* und eben so wird der Ausdruck decidere für transigere gebraucht. *L. 3. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non sec. S. auch L. 17. C. h. t.* und *Ant. SCHULTING in Protis h. t. §. 2.*

92) *L. 20. C. h. t.*

93) *Cap. 1. de litis contestat. in 6to. Cap. 1. X. de Transact. Cap. 2. X. de sentent. et re iudic.*

94) Mehrere Rechtsgelehrten behaupten sogar, es komme bey dieser Exception nicht einmal darauf an, daß sie sogleich liquid sey. *S. WERNHER in Observat. for. T. I. P. I. Obs. 43. SCHAUMBURG princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. 4. §. 10. Not. 2. STRYK Introduct. ad praxim for. cap. 16. §. 2. Allein man sehe MEVIUS P. III. Decis. 225.*

hat⁹⁵⁾. Man darf indessen die Vergleichung, welche die Gesetze zwischen einem Transacte und der rei iudicatae machen, nicht weiter ausdehnen, als der Absicht der Gesetze gemäß ist. Denn diese Vergleichung hat nur hauptsächlich ihr Absehen auf den Zweck, welcher bey beyden frey, sich der nämliche ist, und in Beylegung eines Rechtsstreits besteht. Daher finden sich übrigens noch manche Differenzen. So z. E. kann ein rechtskräftiges Erkenntniß einen zum ingenuus machen, der es doch nicht ist⁹⁶⁾; allein diese Wirkung hat ein Vergleich nicht⁹⁷⁾. Ferner ein Transact hat auch keine solche paratam executionem⁹⁸⁾, wie ein Judicat⁹⁹⁾ u. d. m.¹⁰⁰⁾.

§. 352.

Wer kann transigiren?

Ein Transact ist ein Geschäft, das eine Veräußerung in sich begreift. Nur derjenige ist also fähig, einen gültigen Vergleich zu schließen, welcher die Freyheit hat, zu veräußern und über sein Vermögen nach eigenem Gefallen zu disponiren. Pupillen und Minderjährige können daher ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht transigiren. Auch

E. 4 nicht

95) L. 19. C. h. t. L. 4. C. de re iudic. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 27. et SCHULTING in Prot. h. t. §. 16.

96) L. 25. D. de statu hom.

97) L. 6. L. 10. L. 36. C. de liber. caus.

98) L. 28. C. h. t.

99) L. 8. C. de reb. credit.

100) Man sehe hier besonders Io. Jac. WISSENBACHII Commentationes cathedrar. in libros VII. priores Codicis Iustin (Fran-
cga. 1701) ad. L. 20. C. h. t. pag. 85.

nicht einmahl der Vormund darf in jedem Falle für sich über des Pupillen Recht nach Gefallen sich vergleichen ¹⁾, sondern man unterscheide, ob der Transact bewegliche oder unbewegliche Güter des Pupillen betrifft. Im ersten Falle kann zwar der Vormund selbst den Vergleich eingehen, ohne daß hlerzu ein Decret der Obrigkeit erfordert wird ²⁾, nur muß die *res mobilis*, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, nicht von besondern Werthe seyn; weil sie sonst einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird. In dem andern Falle kommt es wieder darauf an, ob durch den einzugehenden Transact ein unbewegliches Gut des Pupillen an den Gegner desselben abgetreten werden soll; oder ob solches dem Pupillen durch den Vergleich gegen seines Gegners Ansprüche erhalten werden soll. In dem letztern Falle kann der Vergleich vom Vormunde geschlossen werden, ohne daß ein obrigkeitliches Decret dazu nöthig ist, als welches nach Vorschrift der Gesetze nur bey eigentlichen Veräußerungen erfordert wird ³⁾; in dem erstern Falle

hingeh.

- 1) *Christ. Henr. BRAUNING Specim. contin caput iuris controversi de transactione tutoris in causa pupillari. Lipsiae 1768.*
- 2) *L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. D. de furtis. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. 46. med. 1. Der Vergleich darf nur nicht zum offenbaren Nachtheil des Pupillen gereichen. Hierher gehört, was Paulus sagt in der L. 46. §. ult. D. de administr. et peric. tutor. et curat. Tutoribus concessum non est, deminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere, et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse. E. NOODT de pact. et transact. cap. 26. und VINNIUS in Tr. de transactionibus cap. III. §. 7.*
- 3) *Vid. Tit. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, et Tit. Cod. de praediis et aliis reb. minor. sine decreto non alienand. auch Ferd. Christph. HARPPRECHT Diss. de transactione in causis*

hingegen besitzt entweder der Minderjährige selbst das streitige Grundstück, oder sein Gegner hat es im Besiz. Ist ersteres, so kann der Vormund ohne obrigkeitliches Decret nicht transigiren ⁴⁾. Eben dieß behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte ⁵⁾ in dem andern Falle, weil doch dem Pupillen, wenn er auch das streitige Grundstück nicht besitzt, wenigstens eine Realklage zusteht, vermittlest welcher er seine Ansprüche rechtlich ausführen und verfolgen kann; und da diese zu seinem Vermögen gehört, so lasse sich eine Entscheidung derselben ohne eine Alienation nicht denken. Allein da hier vorausgesetzt wird, daß das Recht des Minderjährigen noch ungewiß und zweifelhaft ist, und die Vermuthung doch immer für den Besizer streitet: so behaupten andere nicht ohne Grund, daß ein obrigkeitliches Decret in diesem Falle nicht erforderlich sey ⁶⁾. Es läßt sich also wohl nicht ganz allgemein behaupten, daß ein Vormund in Sachen seines Pflégbefohlenen anders nicht, als *adhibitis solemnibus*, in *alienatione necessariis*, transigiren könne, wie unser Verfasser annimmt.

C 5

Aus

causis minorum §. 16. (in *ejusd. Dissert. academ. Vol. I. Diss. X. pag. 386.*) *Io. VOET* Comm. ad Pand. b. t. §. 2. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pandectar. b. t. §. 15. und *Franc. ALEX* Diss. de Transactione Cap. III. §. 25.

4) *L. 4. Cod. de praed. et aliis reb. minor. L. 22. Cod. de administrat. tutor. Ant. FABER* in Cod. Definit. for. Lib. V. Tit. 37. Def. 1.

5) Man sehe vorzüglich *BREUNING* cit. Specim. §. 4.

6) *BACHOVIVS* ad *Treutlerum* Vol. I. Disp VII. Th. II. Lit. E. *VOET* h. t. §. 2. in fin. und *HARPPRECHT* cit. Diss. §. 19.

Aus diesen Prämissen läßt sich auch die Frage entscheiden, in wiefern ein Procurator in Sachen seines Principals einen Vergleich eingehen könne? Er verrichtet nämlich das ihm aufgetragene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Besten desjenigen, der ihm den Auftrag gab. In dem erstern Falle wird er ein Procurator *in rem suam*, in dem andern aber ein *procurator in rem alienam* genannt. Der erstere ist wie ein Eigenthümer des ihm aufgetragenen Geschäftes anzusehen ⁷⁾, er hat daher freie Gewalt über die Sache zu disponiren, worüber er Procurator ist, und kann also auch einen gültigen Vergleich darüber schließen. Man kann diese Befugniß eines *procuratoris in rem suam* auch schon daraus abnehmen. Die Gesetze ertheilen einem solchen Procurator das Recht einen Eid zu deferiren ⁸⁾, daraus folgt nun von selbst, daß er auch transigiren könne, weil die Eidesdelation als eine Art von Transact angesehen wird ⁹⁾. Bey einem *procuratore in rem alienam* kommt es hingegen darauf an, ob ihm die Besorgung und Verwaltung aller und jeder Geschäfte und Güter seines Principals anvertrauet worden, oder nicht. In dem erstern Falle kann ein solcher *procurator universalis* oder *generalis* allerdings transigiren, wenn er aus guten Gründen glaubt, daß er dadurch das Beste und den Vortheil seines Principals befördere ¹⁰⁾. Denn es ist den

Pflich.

7) L. 13. §. 1. D. de pactis. Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur.

8) L. 17. §. fin. D. de jurejur. Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est, scilicet — si in rem suam procurator sit.

9) L. 2. D. eodem. Iusiurandum speciem transactionis continet.

10) L. 17. §. fin. D. de jurejur. L. 12. D. de pact. L. 58. L. 63. D. de procurat.

Pflichten und Regeln einer vorsichtigen Güteradministration vollkommen gemäß, daß der Procurator lieber etwas aufopfere, als daß er sich in die augenscheinliche Gefahr eines ungewissen Processus wagt, wodurch vielleicht das Ganze verlohren gehen könnte ¹¹⁾). Ein procurator particularis hingegen, dem bloß die Besorgung eines einzigen Geschäftes anvertraut worden, kann ohne einen besondern Auftrag seines Principals nicht gültig transigiren ¹²⁾). Eben dieß findet auch bey einem solchen Procurator statt, dem ich nur alle meine Prozesse übertragen habe ¹³⁾). Dieser kann ohne besondern Auftrag nicht transigiren, weil er bloß ein Mandat zum Klagen, nicht aber einen Transact zu schließen, erhalten hat. Er würde also die Grenzen seines Auftrags überschreiten ¹⁴⁾).

Auch keinem Procurator Caesaris f. Principis, der die öffentliche Einnahme des Landesherrn administriert, ist es

11) NOODT de pact. et transact. cap. 27. de GOCCEJUS civ. controuv. h. t. Qu. 3. VOLT h. t. §. 3. und RENTHE angef. Versuch §. 25.

12) L. 10. C. de procurat. Cap. 4. in fin. de procurator. in Gto.

13) L. 60. D. de procurat. Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam; et ideo, si postea is, qui mandavit, transactionem ratam non habuit, non posse eum repellere ab actionibus exercendis. Cujacius in Not. ad §. 34. l. de rer. div. will hier transactionem deminuendi causa lesen, allein ohne hinreichenden Grund, wie schon Ger. NOODT de pact. et transact. cap. 27. pag. 559. und POTRIEN in Pandect. Justinian. Tit. de procuratoribus Nr. V. Not. a. bemerkt haben.

14) L. 7. C. h. t. NOODT c. 1. VINNIUS de Transactionibus c. III. §. 3.

es erlaubt, in Finanzsachen, ohne besondere Genehmigung des Fürsten, einen Vergleich zu schließen ¹⁵⁾. Der Vergleich, den ein solcher Procurator, *inconsulto principe* schließt, ist null und nichtig ¹⁶⁾.

Was von Procuratoren gilt, findet auch bey den Syndicis und andern Administratoren moralischer Personen und Gemeinheiten statt. Ist ihnen nämlich die allgemeine Verwaltung aller Güter und Angelegenheiten der Gemeinheit anvertrauet worden, so können sie auch in Sachen ihren Gemeinden transigiren, sofern es das Beste derselben erfordert ¹⁷⁾. Wäre im Gegentheil dem Syndicus nur, wie gewöhnlich, die Führung der Proceffe einer Gemeinde übertragen worden, so ist demselben so wenig, als einem andern Procurator, erlaubt, ohne einen besondern Auftrag, in Sachen der Gemeine einen Vergleich zu schließen ¹⁸⁾. Es beruht daher die Meinung derjenigen auf keinen hinlänglichen Gründen, welche schlechthin den Syndicis das Recht geben wollen, in Sachen ihrer Gemeinden, auch ohne besondern Auftrag, Vergleiche zu schließen ¹⁹⁾, da denselben nicht immer

15) *L. 13. D. h. t. Gottfr. MASCOV Diss. de procuratore Caesaris. Alt. 1724. Franc RAMOS del MANZANO Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam l. 8. (Tom. V. Thej. Meermann. pag. 69.)*

16) *L. 1. §. 1. D. offic. procurat. Caesaris. VINNIUS de Transact. Cap. 3. §. 10.*

17) *L. 12. Cod. h. t. de COCCETTIUS civ. controuv. h. t. Qu. 4.*

18) *L. 34. §. 1. De jurejur. RENTHE §. 26. S. 51.*

19) *GAILIUS Lib. II. Obl. 72. nr. 11. HAHN ad Wesenbecium h. t. nr. 4. in fin. LAUTERBACH Disp. de Syndicis Membr. II. cap. 2. §. 87. LEYSER] Meditat. ad Pandect. Specim. LIV. medit. 11.*

immer eine so allgemeine Güteradministration anvertrauet ist, welche im Röm. Rechte bey denen vorausgesetzt wird, welchen das Recht zu transigiren zu steht; auch nicht behauptet werden kann, daß Syndici schlechtthin als Vormünder anzusehen wären, welches sich wenigstens daraus noch nicht folgern läßt, daß Personengemeinschaften die Rechte der Minderjährigen haben, da sie die Geschäfte ihrer Gemeintheiten nicht vi officii, sondern vermöge erhaltenen Auftrags besorgen ²⁰).

Eine andere Frage ist, ob und in wiefern der Vater über das Vermögen seiner Kinder transigiren könne? Sind Kinder nicht mehr in väterlicher Gewalt, so kann der Vater, als Vater, in ihren Angelegenheiten keinen gültigen Vergleich schließen ²¹). Nur in sofern das emancipirte Kind noch minderjährig ist, und der Vater die Vormundschaft über dasselbe führt, ist letzterer zu allen dem berechtigt, was ein jeder andere Curator in solchem Falle thun kann und zu thun schuldig ist ²²); und zwar soll ihm das richterliche Decret de transigendo nicht erschwert werden, weil die rechtliche Vermuthung für ihn streitet, daß er aus natürlicher Liebe für sein Kind das Wohl und den Nutzen desselben eifriger besorgen werde, als ein anderer Cura-

20) Man sehe vorzüglich. Rud. Christph. HANNE Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spurii. Erfordiae 1770. §. 20. und Hr. Prof. ZEMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contrav. h. t. Qu. 4. Not. 1.

21) L. 10. D. h. t. de re filiorum, quos in potestate non habuit, transigentem patrem minime eis obesse placet.

22) VIPIANUS de Transactionibus cap. 3. §. 11. SCHULTING in Protis h. t. §. 4.

Curator ²³⁾). Sind aber die Kinder noch in der väterlichen Gewalt, so kommt es auf die verschiedenen Gattungen ihres Pecullums an. Ist dieses Vermögen so beschaffen, daß dem Kinde nicht nur das Eigenthum sondern auch der Nießbrauch daran zusteht, von welcher Art das *peculium castrense*, *quasi castrense*, und *adventitium irregulare* ist; so kann der Vater als Vater nicht darüber transigiren, weil der Sohn in Ansehung eines solchen Vermögens wie ein *paterfamilias* anzusehen ist, und darüber freie Gewalt hat, unter den Lebendigen zu disponiren ²⁴⁾). Sollte indessen der Sohn noch minderjährig seyn, und sein Bestes einen Transact in Rücksicht dieser Güter nöthig machen, so kann ihn zwar der Vater, jedoch anders nicht, als in der Qualität eines Vormundes schließen, insofern ihm nämlich die Administration des Vermögens zusteht ²⁵⁾). In Absicht auf das *peculium adventitium regulare* geben die Gesetze dem Vater schon freiere Hände. Die Administration dieses Vermögens steht dem Vater nicht als Vormunde, sondern vermöge der väterlichen Gewalt zu. Er ist daher auch zu nichts von dem, was sonst den Vormündern obliegt, verbunden ²⁶⁾). So wie nun dem Vater

auch

23) L. 7. §. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt. Si pater tutor sit alicui ex liberis, an praetor adendus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: prior tamen esse debet Praetor, ad consentiendum patri.

24) L. 18. §. 1. D. de cast. pecul. L. 2. D. de Senatuscons. Macedon. Nov. CXVII. cap. 1.

25) Renthe §. 27. S. 53. folg. HOFACKER Princip. iur. civ. Tit. I. §. 568. et 583.

26) LEYER Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 1. de CRAMER Observat. iur. univ. T. II. P. I. Obf. 543. et 560. SCHAUM-

auch sogar die Veräußerung solcher Güter erlaubt ist, insofern es entweder die dringende Noth erfordert, oder der offenbare Nutzen der Kinder die Veräußerung rechtfertiget ²⁷⁾, und hierzu nicht einmal ein richterliches Decret nöthig ist ²⁸⁾; so kann auch der Vater unter dieser Voraussetzung, daß der Vergleich nöthig, oder den Kindern nützlich ist, ohne Decret über ihre Adventitien transigiren ²⁹⁾, wenn solches nur mit Einwilligung der Kinder geschieht ³⁰⁾. Wären hingegen die Kinder noch unmündig oder abwesend, so kann der Vater den Vergleich über ihre Adventitien auch ohne deren Einwilligung gültig schließen ³¹⁾.

Nach

BURG in Compend. iuris Digestorum Lib. XV. Tit. 1. §. 11. et 12.

27) L. 1. Cod. de bon. matern. L. 4. in fin. L. 8. §. 4. et 5. C. de bon. quae lib. HOFACKER Princip. iur. civ. T. 1. §. 576.

28) L. 3. C. quando decreto opus non sit. GAILIUS Lib. II. Obs. 72. Nr. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XV. Tit. I. §. 23. WERNER Obs. for. T. I. P. III. Obs. 35. LEYSER Specim. CLXV. medit. 9. Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 103. de CRAMER Tom. IV. Obs. 1208. in fin. Hofschers Samml. merkwürdiger am kaiserl. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 61. folg. S. 201. folg. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 576.

29) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. ALEF cit. Diff. de Transactione Cap. III. §. 28.

30) L. 8. §. 3. Cod. de bon. quae lib. Aemil. Lud. HOMBERGER zu Bach Diff. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. Marburgi 1753. §. 16.

31) In der angeführten L. 8. §. 3. C. de bonis, quae liberis heißt es nämlich: adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi

Noch eine Frage ist hier zu entscheiden übrig, nämlich ob der Ehemann über das Vermögen seiner Ehefrau einen gültigen Vergleich schließen könne? Man unterscheide, ob von Dotol. oder Paraphernalgütern der Frau die Rede ist. In dem erstern Falle ist der Vergleich insofern gültig, als dadurch entweder der Ehefrau das Heyrathsgut erhalten wird, oder der Ehemann sonst befugt ist, res dotales zu veräußern ³²). Außerdem ist der Vergleich nichtig, und für die Frau unverbindlich, wosern nicht etwa der Ehemann das Heyrathsgut nach der Frauen Tode lucrirt ³³). Ueber die Paraphernalgüter der Ehefrau hingegen kann der Ehemann ohne besondern Auftrag und Einwilligung derselben nicht transigiren ³⁴).

§. 353.

nisi adhuc in prima aetate sint constituti, aut longe absint. Daß hier unter der *prima aetate* die Unmündigkeit, nicht aber, wie VOET c. 1. dafür hält, die Minderjährigkeit zu verstehen sey, erhellet aus der L. 30. C. de episcop. audient. und L. 10. C. de impuber. et aliis substitut. Man sehe hier vorzüglich MOMBERGE cit. Diff. §. 11 — 13.

32) L. 42. D. L. 10. C. de iure dot.

33) Arg. L. 17. D. de fundo dot. Man sehe hier vorzüglich Franc. ALEF cit. Diff. de Transactione Cap. III. §. 30.

34) L. 8. C. de pact. conv. a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCI. medit. 5. pag. 154. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obl. 165. Hymmen's Beyträge zur jurist. Litteratur in den preußischen Staaten. 6. Sammlung S. 28. folgg. Diesem ist auch die L. 11. pr. C. eodem. nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Falle zu verstehen, da die Frau dem Ehemanne außer ihrem Heyrathsgute gewisse Capitalien überlassen hat, in diesem Falle kann der Mann freylich darüber litigiren und transigiren, ohne daß

§. 353.

Ueber welche Sachen kann ein Vergleich geschlossen werden,
über welche nicht?

Zur Gültigkeit eines Vergleichs wird nun insonderheit erfordert, daß der Gegenstand desselben der willkürlichen Entscheidung und Disposition der Transigenten müsse überlassen seyn. Daher gilt

a) kein Privatvergleich zwischen Ehegatten, welcher die Trennung einer unter ihnen noch bestehenden gültigen Ehe zum Zweck hat. Denn eine unter dem Schutze und Ansehen der Obrigkeit errichtete eheliche Gesellschaft kann ohne ihren Einfluß und Genehmigung nicht getrennt werden ³⁵⁾. Nach dem kanonischen Recht soll zwar ein solcher Vergleich durchaus nicht gelten, wennn er auch gleich mit Vorwissen und Genehmigung des geistlichen Richters wäre eingegangen worden ³⁶⁾, allein da sich diese Vorschrift auf die Lehre des päpstlichen Rechts vom Sacramente der Ehe bezieht, nach welcher das Band der Ehe bey den Katholiken unauflöslich ist, so kann solche bey den Protestanten eigentlich keine Anwendung finden. Man behauptet daher nicht

daß ein besonderer Auftrag oder Genehmigung erfordert wird, wie PUFENDORF in *Observat. iur. univ.* Tom. I. Obl. 12. bemerkt hat.

35) VINNIUS de Transact. Cap. IV. §. 12. VORT in Comm. ad Dig. h. t. §. 15. a PUFENDORF *Observat. iur. univ.* T. III. Obl. 45. §. 1. und Carl Wilh. Roberts rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe und die Art ihrer Stiftung im protestant. Teutschlande. Frankfurt und Leipzig 1787, 8. 5. Abth. S. 12.

36) Cap. fin. X. h. t.

Glücks Erlaut. d. Pand. 5. Th.

nicht ohne Grund, daß unter Protestanten, auch in Ehesachen zum Zweck der Trennung der Ehe ein gültiger Vergleich eingegangen werden könne, wenn solches mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit in einem solchen Falle geschieht, in welchem überhaupt eine Ehescheidung zulässig ist ³⁷⁾. Ein Privatvergleich hingegen, welcher ohne Vorwissen der Obrigkeit über die Aufhebung einer gültigen Ehe geschlossen worden ist, ist ungültig, wenn er gleich mit einem Eide wäre bekräftiget worden ³⁸⁾. Sollte es indessen noch zweifelhaft seyn, ob unter den Transigenten eine wirkliche Ehe vorhanden sey, so ist ein Privatvergleich, wodurch sich die Partheyen auseinander setzen, selbst nach dem kanonischen Rechte nicht für ungültig zu halten ³⁹⁾. Es hat auch keinen Zweifel, daß bloße Eheverlöbniße ohne Vorwissen der geistlichen Obrigkeit vermittelst eines Transacts wieder aufgehoben werden können ⁴⁰⁾. Ein Vergleich von der Art ist auch nach dem kanonischen Rechte gültig ⁴¹⁾. Denn so wie Eponsalien ohne Auctorität der geistlichen Obrigkeit durch den bloßen Vertrag der Partheyen eingegangen

37) Man sehe *Io. Tob. CARRACH* Diss. de vitransactionis contra matrimonium. *Halae* 1757. §. 12. *Lud. God. MADIGN* Princip. iuris Rom. P. II. §. 243. *Renthe* im angef. Versuche §. 45. S. 105.

38) *LEYER* Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 5.

39) *Cap. 2. X. de clandest. desponsat.* *CARPZOV* iurispud. consistorial. Lib. II. Tit. XIV. Definit. 233. *I. H. BOEHMER* ius eccles. Protestant. T. I. Lib. I. Tit. 36. §. 4.

40) *ZUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 45. §. 2. *BOEHMER* cit. loc. *Renthe* §. 46.

41) *Cap. 2. X. de sponsal.*

gangen werden, so können sie auch mit beyder Theile Einwilligung, ohne Vorwissen des Consistoriums, wieder aufgehoben werden ⁴²⁾).

b) Zu den Gegenständen, worüber man, ohne Einwilligung der Obrigkeit, nicht transigiren kann, gehören auch Alimente, die einem in einer letzten Willensverordnung vermacht worden sind. Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß Personen, denen jährlich gewisse Renten zu ihrer Nahrung, Kleidung, Wohnung, und andern Bedürfnissen ausgesetzt worden ⁴³⁾, sehr leicht geneigt sind, auf ihre Forderung gegen eine gewisse Summe Geldes, die ihnen auf einmal bezahlt wird, ewige Verzicht zu thun, ohne auf die Zukunft zu rechnen, und hernach dem Staat zur Last fallen. Deswegen hat Kr. Marcus wohlbedächtig verordnet, daß ein Vergleich über dergleichen Alimente nicht anders, als nach vorgängiger gerichtlichen Untersuchung und Genehmigung statt finden solle ⁴⁴⁾. Man hat hier wohl zu

D. 2

bemerk.

42) *Ge. Frid. DEINLIN* Diss. de mutuo dissensu sponsalitia solo absque consistorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci. Altdorf. 1746. *Ios. Ant. a RIEGGER* Institut. iuris eccles. P. IV. §. 25. *EYSEL* Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. Lib. II. Cap. XIII. §. 331. *Ge. Lud. ROEHMER* Princip. iur. canon. §. 372.

43) *L. 8. §. 1. D. h. t. Praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarius, sive de praediis alimentum legabitur. §. 14. ej. L. De calciario quoque arbitrio Praetoris transigendum est. L. 6. D. de aliment. et cibar. legat. Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.*

44) *L. 8. pr. D. h. t. Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Divus MARCUS*
ora-

bemerken, daß das Gesetz ausdrücklich nur von solchen Alimenten redet, welche in einem letzten Willen, nämlich in einem Testament, Codicill, oder einer Schenkung von Todes wegen hinterlassen worden sind ⁴⁵⁾. Mit Alimenten, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtigt ist, verhält sich die Sache ganz anders. Ueber solche kann ein Transact auch ohne Mitwirkung des Richters eingegangen werden ⁴⁶⁾. Denn hier finden nicht eben die Gründe statt, welche bey den in einer letztern Willensverordnung hinterlassenen Verpflegungsgeldern beabsichtigt worden sind. Hier handle ich durch den Transact nicht gegen die Absicht und den Willen meines Wohlthäters; hier sind auch die Personen, welche Alimente zu fordern haben, mehrentheils nicht so dürftig, als bey Alimenten aus einem Testament. Es ist auch zwischen Rechten, die mir aus einem Testament, und solchen, die mir aus einem Vertrage zustehen, ein ganz verschiedenes Verhältniß. Jeder kann der Regel nach seinem Rechte, das ihm vermöge eines Vertrags zusteht, entsagen, er kann damit nach Willkühr und eigenem Gutbefinden

oratione in Senatu recitata efficit: Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta.

Sehr ausführlich hat diese Verordnung des Kaiser Marcus erläutert Scip. GENTILIS in libro singul. de alimentis. Frsii. 1616. 8.

45) L. 8. §. 2. D. h. t. Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta, sive ad testamentum factis, sive ab intestato. Idem erit dicendum, etsi mortis causa donatione relicta sint; vel ab eo, cui mortis causa donata, relicta sunt. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt: adhuc idem dicemus. C. WAECHTER in Opuscul. pag. 717.

46) L. 8. §. 2. D. eod. Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi.

finden schalten, wenn solches nur ohne Nachtheil eines Dritten geschieht. Hingegen bey Rechten aus einem Testament haben die Geseze ein besonderes Augenmerk auf die Erhaltung des Ansehens letzter Willensverordnungen. Es ist ihnen daran gelegen, daß die wohlthätige Absicht des Erblassers, so viel möglich, erreicht werde. Bey Alimenter aus einem Vertrage tritt endlich noch der Grund ein: wie eine Verbindlichkeit entstanden ist, so kann sie auch wieder aufgehoben werden. So wie nun die Verbindlichkeit, solche Alimenter zu reichen, durch wechselseitige Einwilligung der Partheyen begründet worden, so kann sie auch durch Vergleich wieder aufgehoben werden⁴⁷⁾. Wie aber, wenn das Recht, Alimenter zu fordern, aus einer gesetzlichen Verordnung entspringt? Ein solcher Vergleich muß unstreitig unter Aufsicht des Richters geschlossen werden. Denn solche

D 3

Per.

47) Hiermit stimmen überein FABER in Rational. ad L. 8. §. 2. D. h. t. DUARENUS Disputat. annivers. Lib. I. cap. 44. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. VINNIUS de Transactionibus cap. VI. §. 13. NOODT de pactis et transactionib. cap. XVII. §. Prohibet. (Oper. T. I. pag 553. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. in fin. COCCJEI in iure civ. contrav. h. t. Qu. VII. Except. 2. ALEY in Diss. de Transactione Cap. VII. §. 79. MADIUM Princip. iur. Rom. P. II. §. 243. FORTIUS Pandect. Iustinian. h. t. Sect. II. Nr. XXIV. Renthe §. 59. u. a. m. Elaporth in seiner theor. practischen Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 188. nr. 1. S. 365. ist zwar anderer Meinung; allein sie ist der Verordnung des Kr. Marcus nicht gemäß, welche de casu ad casum nicht extendirt werden kann, wo der Grund derselben nicht vorhanden ist, wie auch schon Hr. Prof. ZEMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. VII. not. x. gegen Elaporth sehr richtig erinnert hat.

Personen, welchen vermöge der Geseze die Alimente gebühren, haben diese zur Erhaltung ihres Lebens insgemein nöthig, und wie leicht könnte daher Nachtheil für den Staat entstehen, wenn der Vergleich darüber bloß der eigenen Willkühr der Partheyen überlassen wäre⁴⁸⁾? So muß daher z. B. der Vergleich, den der Schwängerer mit der Geschwächten über den Unterhalt des unehelichen Kindes schließt, gerichtlich mit Zuziehung eines dem Kinde zu bestellenden Vormundes geschlossen werden⁴⁹⁾. Alimente können ferner entweder rückständige seyn, welche man für die vergangene Zeit noch zu fordern hat, (*alimenta praeterita*) oder solche, die mit der andere erst für die Zukunft zu leisten verbunden ist, (*alimenta futura*.) Ueber rückständige Verpflegungsgelder steht es mir jederzeit frey, mit meinem Schuldner einen außgerichtlichen Vergleich zu schließen⁵⁰⁾. Denn die vergangene Zeit habe ich nun schon überlebt, für diese brauche ich keine Alimente mehr. Meine Forderung nimmt also nun die Natur eines bloßen Vers

48) Io. God. BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. (Lipsiae 1727.) §. 3. Renthe im angef. Versuch §. 40.

49) LEXER Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Coroll. 2. pag. 174. von Quidstorp Grundsätze des teutschen reinlichen Rechts 1. Th. §. 482. von Trübschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Hptabth. 3. Haupst. §. 57. S. 303. Claproth a. a. O. §. 188. nr. 4. S. 366.

50) L. 3. Cod. h. t. De alimentis praeteritis, si quae ratio defertur, transigi potest. De futuris autem sine Praetore, seu Praetore interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.

Vermächtnisses an. Der Staat und das gemeine Beste hat also von einem solchen Vergleich keinen Nachtheil ⁵¹⁾. Ist aber von zukünftigen Alimenter die Rede, so ist der Vergleich darüber in der Regel anders nicht gültig, als wenn er nach vorhergegangener Untersuchung des Richters bestätigt worden ist. Ohne diese obrigkeitliche Genehmigung ist der Vergleich, der über zukünftige Alimenter außergerichtlich geschlossen worden ist, null und nichtig, es wäre denn, daß er für denjenigen, welchem die Alimenter gebühren, vortheilhaft wäre, weil in einem solchen Falle weder dem Staate durch einen solchen Transact nachtheilige Folgen erwachsen, noch auch dem Willen des Testators, welchem die Erhaltung und Versorgung des legatars am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. Dahin gehört z. B. wenn ich durch den Vergleich erlange, daß mir von den Verpflegungsgeldern alle Monate etwas gewisses ausgezahlt wird, die ich nach dem Testamente eigentlich erst am Ende eines jeden Jahres erhalten sollte ⁵²⁾; oder wenn mir Geraide zum Unterhalt vermacht worden, und ich bekomme dafür durch den Vergleich jährlich oder monatlich ein gewisses Geldquantum ⁵³⁾; oder es ist mir Geld zur Wohnung vermacht worden, und einer giebt mir für das Geld eine lebenslängliche gute Wohnung ⁵⁴⁾. Außerdem behauptet man h. g. l. nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, daß ein über zukünftige Alimenter außergerichtlich

D 4

ge.

51) VINNIUS de Transactionib. Cap. VI. §. 1. VOET h. t. §. 18. und KENTHE §. 38.

52) L. 8. §. 6. D. h. t.

53) L. 8. §. 24. P. cod.

54) L. 8. §. 25 h. t.

geschlossener Vergleich alsbann für gültig zu halten sey, wenn er mit einem Eide bekräftiget worden ⁵⁵⁾; welche Meinung jedoch darum noch vielen Zweifeln unterworfen ist, weil das Gesetz nicht bloß den Nutzen des zu Verpflichtenden, sondern zugleich das Beste des Staats beabsichtigt, welchem durch den Eid kein Eintrag geschehen kann, und das kanonische Recht, wie wir schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt haben ⁵⁶⁾, keine einzige allgemeine Verordnung für die Gültigkeit des Eides bey ungültigen Geschäften enthält, sondern nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Elvilgesetze nicht haben würde ⁵⁷⁾. Es entsteht hierbey die Frage, wer in Absicht auf die gerichtliche Untersuchung und Bestätigung eines Vergleichs über zukünftige Alimente iudex competens

55) COLLENS de alimentis Lib. II. c. 8. nr. 24. seqq. SURDUS de aliment. Tit. VIII. Qu. 56. nr. 42. seqq. VIÑNIUS de Transaction. cap. VI. §. 17. I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Proest. Lib. II. Tit. 24. §. 30. STRYK UL. mod. Pandect. h. t. §. 11. COCCETTI iur. civ. contröy. h. t. Qu. VII. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 8. Cod. de Transact. Elaprotz in der angef. Rechtswissenschaft §. 194. Klenke §. 38. C. 90. folg.

56) C. den 4ten Th. dieses Commentars §. 341. C. 557.

57) Nicht ohne Grund verwerfen daher jene gemeine Meinung Iac. Frid. LUDOVICI in Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum servandum esse etc. §. 8 — 10. Franc. ALEX in cit. Diss. de Transactione Cap. VII. §. 80. AYRES Diss. de abusu iuramentorum §. 45. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. §. 118. pag. 511. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contröy. h. t. Qu. VII. not. w. pag. 271. u. 2. m.

tens sey? Bey den Römern mußte der Richter eine solche Magistratsperson seyn, welche *legis actionem* hatte ⁵⁸⁾; also der Prätor, oder der Präses in der Provinz waren dazu authorisirt, zuweilen auch der Procurator Caesaris, wenn man die Alimente von dem Fiscus zu fordern hatte ⁵⁹⁾. Heutiges Tages ist der competente Richter derjenige, unter welchem der zu Verspflegende wohnt, oder sonst für seine Person steht, wenn er etwa einen privilegiirten Gerichtsstand hat ⁶⁰⁾. Sind jedoch die Alimente aus einem gewissen Grundstück vermacht worden, welches deswegen gesetzlich verpfändet ist ⁶¹⁾, so kann auch der Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit dieser fundus gelegen ist, den Vergleich bestätigen ⁶²⁾. Dem Richter liegt übrigens die Pflicht ob, bey Untersuchung des zu bestätigenden Vergleichs die möglichste Vorsicht und Genauigkeit zu beobachten, und zwar hat der Richter nach Vorschrift der L. 8. §. 8. D. h. t. die Untersuchung auf drey Hauptpunkte zu richten; 1) auf die Ursache des Vergleichs; 2) auf die Bedingungen desselben; und 3) auf den Character

D 5

der

58) S. den 3ten Theil dieses Commentars §. 184. Nr. V. S. 9.

59) L. 8. §. 18. et 19. D. h. t.

60) S. Elaprotz's Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 190. Hiermit stimmt auch das neue Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 16. Tit. §. 413. überein.

61) L. 2. §. 1. D. de alim. et cibar. legat. L. 3. Cod. commun. de legat.

62) Arg. L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine decreto non alien. wo es heißt: sine decreto praesidis provinciae, in qua situm. Man sehe COLLAUS de alimentis Lib. II. cap. 3. nr. 45. pag. 739.

der Personen, welche den Vergleich mit einander schließen. In Absicht auf den ersten Punct hat der Richter wohl zu erwägen, ob die Ursache, warum der Vergleich geschlossen wird, gegründet und erheblich sey, oder nicht, indem in dem letztern Falle die gerichtliche Einwilligung schlechterdings abgeschlagen werden, und es bey dem einmahl festgesetzten Unterhalt unabänderlich verbleiben muß⁶³⁾. Erhebliche Ursachen sind, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derselben in Ansehung des Wohnorts entfernt sind; oder der zu Verpflegende seinen bisherigen Wohnsitz verändern will, und in dieser Rücksicht bey Ueberlieferung der Verpflegungsgelder Schwierigkeiten entstehen; oder wenn derselbe eine Geldsumme zu einem gewissen für ihn vorthellhaften Unternehmen auf einmahl nöthig hat; oder wenn er sich die Alimentengelder von mehreren Personen muß auszahlen lassen, deren terminliche Behtreibung mit vielen Beschwerlichkeiten verknüpft ist, u. d. m.⁶⁴⁾. Ohne alle Ursache muß der Vergleich niemahlen zugelassen werden; es ist vielmehr der Vergleich null und nichtig, den der Richter, ohne vorhergegangene Untersuchung der Ursache, bestätigt hat⁶⁵⁾. In Absicht auf den andern Punct muß der Richter vorzüglich in Erwägung ziehen, ob auch der Abfindungsbetrag (*modus pecuniae, quae in transactionem venit,*) mit dem Alter und der Gesundheit oder Schwächlichkeit des Empfängers in einem billigen Verhältniß steht. Denn bey einem Kinde sind natürlicher Weise andere Grundsätze wegen

63) L. 8. §. 9. D. h. i.

64) L. 8. §. 9. in fin. D. h.

65) L. 8. §. 17. D. h. i.

wegen der muthmaßlichen Lebensdauer und des darnach zu bestimmenden Abfindungsbetrags zur Richtschnur zu nehmen, als wenn der zu Verspflegende ein Jüngling, Mann oder Greis ist ⁶⁶). Endlich in Absicht auf den dritten Punct muß der Richter zuerst auf die Person desjenigen sehen, der die Alimente zu fordern hat, ob er sparsam ist, oder zur Verschwendung Hang hat; ferner ob er sonstige sichere Unterhaltungsmittel vor sich hat, wovon er zur Noth leben kann, oder ob er blos von dem hinterlassenen Unterhalt leben muß: indem in den erstern Fällen der Vergleich mit weniger Bedenkllichkeit bestätigt werden kann, als in den andern. Der Richter muß aber auch auf die Person desjenigen Rücksicht nehmen, welcher die Alimente zu leisten verbunden ist, ob dieser ein sicherer und ehrlicher Mann sey; aus diesen und dergleichen Umständen wird sich leicht beurtheilen lassen, ob hinter dem Vergleich ein Betrug steckt, oder nicht ⁶⁷)? Diese Vorschrift.

66) L. 8. §. 10. D. h. t. S. Frid. Aug. SCHMELZER Comment. de probabilitate vitae eiusque usu forenli. Goett. 1787. 8. und Elaprotz a. a O §. 192. S. 371.

67) L. 8. §. 11. D. h. t. In dieser Stelle ist man über die Lesart der Worte nicht einig: cuius vitae sit hi, quibus alimentare relicta sunt; utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possunt, an sequioris, qui de alimentis pendeant. Einige wollen nämlich statt *sequioris* vielmehr *seguioris* lesen, wie RUSCARDUS, DUARENUS Disputat. anniv. Lib. II. c. 31. und CONSTANTINAEUS subtilium enodation. Lib. I. cap. 5. (Tom. IV. Thes. Ottonian. pag. 491.) Andere hingegen lesen *nequioris*, wie BUDAEUS in Annotation. in Pandect. (Lutetiae 1556. f.) ab h. L. pag. 92. b. und FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 5. (T. II. Thes. Otton. pag. 50.) Die gemeine Lesart vertheidigen

schriften müssen bey der Bestätigung des Vergleichs so pünctlich beobachtet werden, daß wenn etwas bey dieser Untersuchung versehen worden, der ganze Vergleich, des richterlichen Ansehens ungeachtet, nichtig ist ⁶⁸). Sollte der über Allimente ungültig geschlossene Vergleich bereits vollzogen seyn, so wird das, was vermöge desselben gegeben worden ist, auf die Allimente der vergangenen Zeit abgerechnet, für die Zukunft aber bleibt des zu Verspflegenden Forderung unvermindert. Ist hingegen der zu Verspflegende durch das, was er aus dem wichtigen Vergleiche erhalten, reicher geworden, so kann solches auch von ihm zurückgefordert werden ⁶⁹).

Uebrigens geht das Verbot des Krs. Marcus auch auf andere Verträge und Geschäfte, welche dem Rechte des zu Verspflegenden in Absicht seines künftigen Unterhalts nachtheilig sind. Dahin gehört z. B. Veräußerung eines zum Unterhalt vermachten Grundstücks, oder Befreyung eines Grundstücks, welches zur Sicherheit des Unterhalts verpfändet worden, von der darauf haftenden Hypothec ⁷⁰).

c) Da

gen jedoch Cujacius Lib. I. Observat. cap. 3. und Forster Observat. succisiv. Lib. I. cap. 22. (T. II. Thef. Otton.) Vitae sequioris wäre also so viel als vitae deterioris, und soll einen faulen, nachlässigen Menschen bezeichnen.

68) L. 8. §. 17. D. h. e. Sed et si non de omnibus inquisierit, quae Oratio mandat. hoc est, de causa, de modo, de personis transigentium; dicendum est, quamvis de quibusdam quaserit, transactionem esse irritam.

69) L. 8. §. 22. D. h. e.

70) L. 8. §. 15. D. h. e.

c) Da auch öffentliche Strafen wegen begangener Verbrechen der Willkühr der Privatpersonen nicht unterworfen sind, so kann ein Vergleich von keiner rechtlichen Wirkung seyn, der zur Verheimlichung eines Verbrechens unmittelbar über diese geschlossen wird ⁷¹⁾. Die öffentliche Strafe kann dadurch nicht aufgehoben werden, es kann auch ein solcher Vergleich den Richter nicht hindern, das Verbrechen von Amtswegen zu rügen ⁷²⁾. Hingegen über das Privatinteresse des Beschädigten kann zwischen ihm und dem Verbrecher ohne Zweifel ein Vergleich eingegangen werden, weil dieser Gegenstand ihrer Privatverfügung unterworfen ist. Ein solcher Vergleich hebt nicht nur die Klage auf Schadensersatz auf, sondern mildert auch zuweilen mittelbarer Weise die Strafe, wenn nämlich das Gesetz den Nachtheil des Beschädigten zum Hauptmaassstab der Strafe angenommen hat, wie z. B. beym Diebstahl,
Fäl.

71) *L. 7. §. 14. D. de pact.* Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet. *L. 27. §. 4. D. cod.* Item, ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum. *L. 5. pr. D. de pactis dotalib.* — ne publica coercitio privata pactione tollatur.

72) Art 214. der Peinl. Gerichtsordnung Karls V. „und wo der Beschädigte nit peinlich klagen wolt, so soll dennoch die Oberkeyt den Thäter nichts desto weniger von Ampts wegen rechtfertigen, und nach Gelegenheyt der Person und Uebersatung straffen lassen.“ Add. *L. 2. C. de abolit.* S. BOEHMER ad Carpvovium. Quaest. CXLVIII. Observat. 1.

fälscheren u. d. ⁷³). Das römische Recht unterscheidet noch insonderheit zwischen öffentlichen und privat Verbrechen, und erlaubt zwar in Ansehung der letztern, z. E. bey Injurien, Diebstählen, und solchen widerrechtlichen Beschädigungen, welche das Aquillische Gesetz rügt, den Privatvergleich mit der Wirkung, daß die Klage des Beschädigten auf die ihm gebührende Privatstrafe nicht statt findet ⁷⁴), weil darunter nicht das allgemeine Beste, sondern nur das Privatinteresse des Transigenten liege; hatte indessen das Verbrechen die Infamie zur Folge, wie z. B. der Diebstahl, so vermied der Angeschuldigte solche durch den Transact nicht ⁷⁵), weil man ihn nun für einen solchen hielt, der durch das Anerbieten des Vergleichs das schuldgegebene Verbrechen wirklich eingestanden habe ⁷⁶): wosern nicht etwa der Vergleich unter richterlicher Auctorität geschlossen worden ⁷⁷). Bey den öffentlichen Verbrechen hingegen stellt das Römische Recht andere Grundsätze auf. Es unterscheidet zwischen Capitalverbrechen, worauf eine

73) Art. 112. 113. u. 160. der P. G. O. Carls V. ROHMEN c. 1. Quaest. CXLVIII. Obl. 3. Kleinschrods systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 89.

74) L. 54. §. ult. D. de furtis. Si tutor transegit eum fure, evanescit furti actio. L. 7. §. 14. in fin. de pactis. Nam et de furto pacisci Lex permittit.

75) L. 4. §. ult. D. his, qui not. infamia.

76) L. 5. D. eodem. Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur.

77) L. 6. §. 13. D. eodem. Qui iussu praetoris, pretio datus, pactus est, non notatur. C. 30007 Diocletian. et Maximian, sive de transactione et partitione criminum Cap. 4.

eine Todesstrafe steht, und andern öffentlichen Verbrechen, die nicht capital sind ⁷⁸⁾). Bey den öffentlichen Verbrechen der erstern Art wird es für unsträflich gehalten, einen Vergleich zu schließen. Der Grund hiervon, wie ihn Ulpian ⁷⁹⁾ angiebt, ist, weil derjenige billig Verzeihung verdient, welcher sein Leben, so gut er kann, zu retten sucht ⁸⁰⁾). Ein solcher Vergleich war jedoch nur erlaubt, ehe die Anklage angestellt ward ⁸¹⁾). Denn war die Anklage

78) *L. 18. Cod. de Transact. Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.*

79) *L. 1. D. de bonis eorum, qui ante sentent. In capitalibus criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei, qui adversarium corrumpit; sed in his demum, quae poenam mortis continent. Nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.*

80) Ob auch der Ankläger straffrey gewesen, der sich verglichen hatte, ist zweifelhaft. NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 12. et 13. läugnet dieses, und glaubt, der Ankläger sey allezeit straffällig gewesen, wenn er, es sey vor oder nach angestellter Anklage geschehen, Geld genommen hätte, um von der Anklage abzustehen. Allein die *L. 18. C. h. t.* redet ganz allgemein, und schließt den Ankläger nicht aus. Es wäre auch wirklich ganz inconsequent, wenn das Gesetz dem Angeklagten verzeihen, und den Ankläger, ohne dem doch der Vergleich nicht geschlossen werden konnte, deßhalb hätte strafen wollen. Man sehe DONELLUS ad *L. 18. C. h. t.* VORT Comment. ad Pandect. h. t. §. 19. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. VIII. Not. 2 p. 273. und KLEINSCHROD a. a. O. §. 91. S. 209.

81) *Io. Iac. WISSENBACHII Comment. cathedrar. in libros VII. priores Cod. Iustin. ad L. 18. Cod. h. t. §. 3. Ant. SCHUL-*

klage einmahl angestellt, so konnte der Ankläger, ohne Abolition zu erhalten, nicht von der Anklage absteigen, sonst hätte er nebst der Infamie noch andere Strafen zu erwarten⁸²⁾. Es wurde auch durch einen solchen Vergleich das Verbrechen selbst nicht aufgehoben, wie Cujaz⁸³⁾ behaupten will, sondern die Wirkung desselben bestand bloß darin, einmahl daß der Ankläger nun nie wieder anklagen konnte, welcher sich einmahl verglichen hatte⁸⁴⁾; und zweitens, daß man den Angeschuldigten nicht geradezu für geständig und überwiesen erklären konnte⁸⁵⁾, denn man glaubte, daß nicht sowohl Gewissensangst, als Furcht vor der grossen Gefahr, welche die Betrachtung des ungewissen Ausgangs eines Criminalprocesses erweckt, ihn veranlaßt habe, seinen Gegner zu bestechen, um ihn von der Anklage abzuhalten⁸⁶⁾. Da nun aber freylich der Ankläger nur über sein Recht transigiren konnte, so hinderte der Vergleich keinen andern, die Anklage dieses Verbrechens den-

noch

ring in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 10. Kleinschrod a. a. O. §. 90. Anderer Meinung ist jedoch Voet h. t. §. 19.

82) L. 1. §. 7. et 10. L. 15. pr. D. ad SCtum Turpill. L. 1. et 2. Cod. eodem. L. 6. §. 3. D. de decurion.

83) Lib. VI. Observat. c. 11.

84) L. 2. L. 15. §. 4. D. ad SCtum Turpillian. L. 3. C. cod.

85) L. 7. D. de praevaricator. In omnibus causis, praeterquam in sanguine, qui delatorem corrumpit, ex Senatusconsulto pro victo habetur. Man vergleiche hier Hubert. GIPHABIE Explanat. difficilior. Legum Cod. Justin. ad L. 18. C. h. t. pag. 58.

86) WISSENBACH cit. loc. §. 4. pag. 79.

noch zu unternehmen ⁸⁷⁾. In Capitalfällen konnte also derjenige nach Röm. Recht nicht gestraft werden, der Geld gab oder nahm, um eine künftige Anklage von sich abzuwenden, oder zu unterlassen. Nur in Ansehung des Ehebruchs fand eine Ausnahme statt ⁸⁸⁾, weil man einen Vergleich darüber

87) *L. 5. D. ad L. lul. de vi publ.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. XI. DONELLUS in Commentar. ad L. 18. C. h. t. nr. 4. p. 97. WISSENBACH c. l. §. 4. COCCETTI iur. civ. contr. h. t. Qu. VIII.

88) Mehrere Rechtsgelehrte wollen die Worte: *excepto adulterio* in der *L. 18. C. h. t.* für einen Zusatz des Tribonianus halten, welcher aus der *L. 10. Cod. ad L. lul. de adulter.* gestossen sey. Denn man glaubt, daß der Ehebruch zu den Zeiten der Kr. Diocletian und Maximian noch kein Capitalverbrechen gewesen, sondern erst vom Kr. Constantin dem Großen dafür erklärt worden sey. *L. 30. §. 1. C. ad L. lul. de adult.* Dieser Meinung sind vorzüglich NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 15 — 19. WISSENBACH ad L. 18. C. h. t. §. 5. CUJACIUS lib. VI. Obs. 11. DONELLUS ad cit. L. 18. nr. 6. ANT. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 11. ECKHARD in Hermeneut. iuris Lib. I. cap. 6. §. 259. WALCH in notis ad Eundem h. l. pag. 468. und Guil. OTTO REITZ Excurs. XX. ad Theophili paraphr. graec. Institut. Tom. II. pag. 1243. glaubt diese Interpolation des Tribonianus durch eine Stelle des Scholiastis Basilianus Tom. I. pag. 810. dergestalt außer Zweifel gesetzt zu haben; daß er sagt: *neminem in posterum eam negare ausurum esse.* Ihm stimmt auch RÜTTMANN Interpretat. et Observat. iur. Rom. cap. XXXV. pag. 191. bey. Dessen ungeachtet glaube ich noch immer, daß es unnöthig sey, hier ein Emblemata Tribonianian anzunehmen. Denn es läßt sich aus der angeführten *L. 30. Cod.* nicht ersehen, daß Constantin der Große den Ehebruch zuerst mit dem Tode bestraft habe. Es haben vielmehr

Glücks Erlaut. d. Pand. 5. Th. E andere

darüber als eine strafwürdige Kupleren (*lenocinium*) betrachtete ⁸⁹⁾. Bey andern öffentlichen Verbrechen, welche nicht capital sind, war aller Vergleich unerlaubt und strafbar ⁹⁰⁾. Hier konnte jene Schonung, die man in Kapitalfällen für so billig hielt, nicht statt finden. Man glaube vielmehr, der Angeschuldigte habe den Vergleich aus Bewußtseyn der schuldgegebenen That, und aus Gewissensangst angeboten. Ein solcher Vergleich hatte daher die Wirkung, daß der Verdächtige nicht nur für geständig und überwiesen, sondern auch für ehrlos gehalten, der Ankläger aber mit der poena falsi bestraft wurde ⁹¹⁾. Jedoch galt dieß nur in

andere hinlänglich erwiesen, daß schon vor ihm dieses Verbrechen von verschiedenen Kaisern mit der Todesstrafe belegt worden, also die gedachten Worte wohl von Diocletianus und Maximianus Hand seyn können. Man sehe *Car. Ann. FABROTTI Exercitat. ad L. 18. C. h. t. (Tom. III. Thes. Ottonian. col. 1224. seqq.)* VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 18. *Car. Ferd. HOMMEL Diss. de transactione super omit-tenda criminis capitalis accusatione actori licita. Lipsiae 1750. §. 6. und ZMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. Qu. IX. not. h.*

89) *L. 2. §. 2. L. 14. L. 33. §. 2. D. ad L. Iul. de adult.* Kleinschrodt in der angef. systemat. Entwicklung. 2. Th. §. 91. S. 210. Noch andere Gründe führt DONELLUS ad *L. 18. C. h. t. nr. 7. an.*

90) Eben dieses gilt auch von Privatverbrechen, wenn deshalb criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt wird. S. WOODT in *Dioclet. et Maximian. cap. 5. und VINNIUS de Transactionibus Cap. VII. §. 29.*

91) *de cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. X,* Mehrere Rechtsgelehrte wollen zwar die Worte *citra falsi accusationem* in der *L. 18. C. h. t.* so verstehen, als ob das crimen falsi eine Ausnahme

in dem Falle, wenn man dem Ankläger Geld oder Geldeswerth gegeben hatte, um ihn von der Anklage abzuhalten⁹²⁾; denn war mit dem Vertrage keine Leistung verbunden, so war er, wenn er nur vor angestellter Anklage geschlossen worden, so unsträflich, wie in Capitalfällen⁹³⁾.

§ 2

Da

nahme mache, und ein Transact darüber nicht verboten sey. Diese Erklärung soll die *L. 7. C. ad L. Cornel. de fals.* bestätigen. Man sehe z. B. *voet h. t. §. 17.* Allein diese Erklärung ist der Sache nicht angemessen; die Präposition *citra* heißt soviel als *sine*, und in keiner andern Bedeutung haben auch die *Kr. Diocletian* und *Maximian* sie jemalen gebraucht, wie aus mehreren andern Verordnungen derselben erhellet. *S. L. 19. C. de procurat. L. 24. C. de rei vindic. L. 6. C. Si certum petat. L. 15. C. de iure dot.* In der angeführten *L. 7. C. ad L. Corn. de fals.* ist auch von keinem Vergleiche über das Verbrechen der Verfälschung die Rede, sondern die Partheyen hatten sich wegen einer Urkunde verglichen, über deren Richtigkeit Zweifel entstanden war, und es wurde nur gefragt, ob der Vergleich angefochten werden könnte, wenn der Transigent ein kassum zu erweisen im Stande wäre. Dieses wird verneint. Es ist also hier bloß von der Civilklage die Rede, welche auch *falsi accusatio* genannt werden kann. *L. 6. §. ult. L. 7. L. 17. pr. D. de inoff. testam. L. 14. D. de bon. possession. L. ult. §. 2. D. de doli mali et met. except.* wie *Hub. GIPHANIUS* in *cit. Explanat. difficil. Leg. Cod. pag. 61. seq. Hug. DONELLUS* in *Comm. ad L. 18. C. h. t. nr. 13. Ger. NOODT* in *Dioclet et Maxim. cap. 22. Io. Iac. WISSENBACH* in *Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. Arn. VINIUS* in *Tr. de transactionib. cap. VII. §. 30 — 39. und Ant. SCHULTING* in *Prot. h. t. §. 14. längst bemerkt haben.*

92) *L. 4. et 29. pr. D. de iure fisci. L. 18. Cod. Ex quibus caus. infam. irrogat.*

93) *Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 206.*

Da sich diese Grundsätze hauptsächlich auf die Römische Criminalverfassung und die Bemühung der Kaiser den Fiscus zu bereichern, beziehen, so läßt sich davon h. z. T. kein Gebrauch machen. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche erwächst daher aus einem wegen angeschuldigten Verbrechens angebotenen oder errichteten Vergleich kein stillschweigendes Bekenntniß. Man pflegt auch einen solchen Vergleich heutiges Tages so wenig für ein crimen falsi anzusehen, als denjenigen, der ihn eingegangen, deshalb für ehrlos zu halten ⁹⁴⁾.

§. 354.

Unterschied zwischen *Transact* und *pactum remissorium*.

Ein *Transact* ist ein oneroser Bilateral-Vertrag. Er erfordert also, daß sich jede der streitenden Partheyen gefallen lasse, etwas von ihrer Forderung aufzuopfern, um auf solche Art den Streit beizulegen; es geschehe nun durch wechselseitiges Geben oder Nachlassen. Hierdurch unterscheidet sich ein Vergleich von einem Erlassungsvertrage (*pactum remissorium*), wodurch man sich eines gewissen Rechts oder einer Forderung unentgeltlich begiebt. Ein solcher Vertrag ist eine Art von Schenkung ⁹⁵⁾, denn meine Absicht ist, dem andern eine Forderung zu erlassen, die ich rechtmäßig an ihm machen kann. Erlasse ich meinem Schuldner, bey einem drohenden oder bereits ausgebrochenen Concurs, nur einen Theil meiner rechtmäßigen Forderung,

94) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 103.

95) L. 9. pr. L. 23. pr. D. de donation. L. 12. D. de Novation. L. 25. et 34. Cod. de Transact. Cap. 10. X. de testibus.

nung, um den übrigen Theil derselben desto leichter zu erhalten, so wird ein solcher Vertrag ein *pactum remissorium* im eigentlichen Verstande, oder ein Nachlaßvertrag genennt ⁹⁶⁾. Ein Transact setzt ferner allemahl ein zweifelhaftes und ungewisses Recht voraus, bey einem Erblassungsvertrage hingegen begiebt man sich insgemein einer solchen Forderung, oder eines solchen Rechts, welches ganz unbezweifelt und ausgemacht ist ⁹⁷⁾. Hieraus erklärt sich nun die Stelle Ulpian's ⁹⁸⁾, wenn er sagt: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit. Qui vero paciscitur* ⁹⁹⁾, *donationis causa rem certam et indubitatem liberalitate remittit*. Man kann zwar auch einem streitigen Rechte unentgeltlich entsagen, worüber be-

E 3

reits

96) S. Freyh. von Bolderndorf Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788.

97) Menthe §. 5. Nr. 4. S. 8. und besonders Matth. de LUTZENBERGER Diss. exhib. transactionis notionem eamque inveniendi modos ex iuris Rom. principiis, praef. GMELIN. Tubingae 1795. def. Sect. I. pag. 10. seq.

98) L. 1. D. h. e.

99) Es werden die Worte sowohl in der Sautellianischen, als in der Haloandrinischen und gemeinen Ausgabe der Pandecten unterschieden. Allein schon DUARENUS und DONELLUS haben erinnert, daß das Comma schicklicher nach den Worten *donationis causa* zu machen sey, und diese Unterscheidungsart ist allerdings vorzuziehen, weil, wie auch ROODT de pactis et transactionibus cap. 3. (Oper. Tom. I. pag. 490.) bemerkt hat, die Worte *donationis causa* und *liberalitate* eine unnütze Tautologie seyn würden, obgleich VISSIUS de Transact. cap. 1. §. 7. dennoch für die gemeine Lesart streitet.

reits ein Proceß anhängig war. Denn Paulus ¹⁰⁰⁾ sage ausdrücklich: *de rebus religiosis et convenire et transigere possumus*. Das Wort *convenire*, welches hier dem *transigere* entgegen gesetzt wird, bedeutet aber nichts anders, als *donationis causa pacisci seu debitum remittere gratis* ¹⁾. Allein dieß ist eines Theils doch nur ein seltener Fall ²⁾, andern Theils aber will auch Ulpian hier nicht das Gegentheil lehren, sondern, wie ihn Moode ³⁾ versteht, nur soviel sagen, daß man auch eine gewisse und unbezweifelte Forderung durch ein *pactum remissorium* erlassen könne, dahingegen ein *Transact* immer über eine ungewisse Sache oder über ein streitiges Recht geschlossen wird.

§. 355.

Wirkungen des Vergleichs in Absicht auf das daraus entspringende Recht.

Durch einen gültig abgeschlossenen Vergleich erlangen nun die Partheyen ein vollkommenes Recht, was ihnen, ohne

100) *Lib. I. Sentent. receptor. T. I. §. 5.* (in SCHULTING *Jurisprud. Antejur.* pag. 220.)

1) So werden auch in der *L. 25. Cod. h. t. transigere*, und *donationis causa debitum remittere* einander ausdrücklich entgegen gesetzt.

2) Einen solchen Fall hat WEARNER in *Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obl. 16.* wo der Kläger bereits den Grund seiner Klage erwiesen hatte, und nachher *liti renunciirte*. Hierzu kam, daß der Gegentheil den sich angemassen Gegenbeweis hatte desert werden lassen, folglich des Klägers Forderung ganz außer Zweifel war.

3) c. 1. pag. 490. seq.

ohne offenbare Ungerechtigkeit, auch nicht einmal von dem Landesherren selbst, wieder genommen werden kann. Nur in dem einzigen Falle, da nämlich das gemeine Wohl mit dem erworbenen Rechte des einzelnen Unterthans in Collision kommt, kann der Unterthan genöthiget werden, sein aus dem Transact erworbenes Recht, jedoch nur gegen hinlängliche Entschädigung, aufzuopfern ⁴⁾. Außerdem bleibt es bey dem Ausspruch der Kaiser Diocletian und Maximian ⁵⁾, daß die Fortsetzung eines Rechtsstreits, der einmal durch rechtmäßigen Vergleich entschieden worden ist, auch nicht einmal durch ein landesherrliches Rescript zugelassen werden dürfe. Auch kein Theil kann ohne des andern Einwilligung vom Transact abgehen, und die aufgegebene Klage von neuem anfangen ⁶⁾, wosfern nicht eine rechtmäßige Ursache vorhanden ist, welche denselben von dem eingegangenen Vergleiche zurück zu treten berechtigt. Wer ohne rechtmäßige Ursach den Vergleich zu halten sich weigert, und demselben zuwider handelt, dem kann nicht nur die *exceptio pacti et doli* entgegen gesetzt werden, sondern er hat auch die auf den Contraventionsfall stipulirte Strafe verwirkt ⁷⁾: ja wenn der Vergleich zu desto mehrerer Sicher-

§ 4

heit

4) S. Pütter's Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 1. Th. N. XX. S. 357. ff. und Io. Christ. MAIER Diss. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quae sita subditorum. Tubing. 1791. §. 13. seqq.

5) L. 16. C. h. t. *Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet.*

6) L. 39. D. h. t.

7) L. 16. D. eod. L. 23. §. 3. D. de condict. indeb. L. 37. C. h. t. FINESTRES in Hermogeniano ad L. cit. 16. pag. 235.

heit mit einem Elde bekräftiget worden, so soll, nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Arcadius ⁸⁾, derjenige, welcher

Es kann jedoch nicht zugleich die *exceptio pacti* vorgeschützt, und auch auf die verabredete Strafe geklagt werden. Sondern ist mir an der Erfüllung des *Transactis* gelegen, und ich bediene mich deshalb der *Exception* wider die dem Vergleich zuwider angestellte Klage meines Gegners, so muß ich auf die *Conventionalstrafe* Verzicht thun; es wäre denn, daß gleich bey Errichtung des Vergleichs festgesetzt worden, daß im *Contraventionsfall*, *rato manente transactionis placito*, die Strafe erlegt werden solle. L. 10. §. 1. *D. de pact.* L. 15. *D. h. t.* L. 17. L. 46. *Cod. eodem.* S. COGGEJI in *jure civ. controuv. h. t.* Qu. 16. WISSENBACH *Exercitat. ad Pandect.* Disput. X. Th. 29. und *Renthe* §. 88. u. 89. Man vergleiche auch den 4ten Th. dieses Commentars §. 340. S. 533. ff.

- 8) L. 41. *Cod. h. t.* Si quis major annis viginti quaque adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas; putaverit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa; eas autem, invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidaverit; non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura servaverint. Ueber die Veranlassung und geheimen Absichten dieses Gesetzes, wovon Rufinus, an welchen solches gerichtet ist, einen vorzüglichen Antheil haben soll, kann man des *Iac. GOTHOFREDI* Commentar. in *Cod. Theodol.* ad L. 8. h. t. Torn. I. pag. 156. (edit. Ritter.) nachsehen. Es läßt sich indessen an dem heutigen Gebrauche desselben nicht zweifeln, welchen *RICHTER* *Consilior. et Responsor.* Vol. II. Consil.

welcher einen solchen Transact betrügerischer Weise bricht, vorausgesetzt, daß er die Jahre der Volljährigkeit schon erreicht hat, nicht nur seines Rechts verlustig, und verbunden seyn, alles aus dem Vergleich bereits Erhaltene dem andern wieder herauszugeben, sondern er soll auch, wenn mit der Uebertretung des Transacts noch eine Conventionalstrafe verknüpft wäre, diese erlegen, und überdem, als ein Meineidiger, mit der Strafe der Infamie belegt werden⁹⁾.

§ 5.

Es

Consil. 176. BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 13. Ferd. Christph. HARPPRECHT in Diff. de remedio Legis: Si quis major 41. Cod. de Transaction. §. 1. (Dissertation. academ. Vol. I. Disput. IX. pag. 318. seq.) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXXIV. Th. 1. Not. und mehrere andere practische Rechtsgelehrten bezeugen. Daß jedoch, wenn die Strafen dieses Gesetzes statt finden sollen, die Leistung eines förmlichen Eides erfordert werde, wie BACHOVIVS ad τὰ πρῶτα Tit. de his, qui not. infam. pag. 787. behaupten will, ist aus dem Gesetz nicht zu erschen. Es ist daher für hinreichend zu halten, wenn die Eidesformel der Vergleichsurkunde wörtlich eingebracht ist, welche von beyden Theilen unterschrieben worden. Man sehe HARPPRECHT Diff. de transactione iurata §. 6. 7. et 8. (Dissertat. academ. Vol. I. Diff. VIII. pag. 274. seq.) STAYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 18. und FRAT. BEGMANNORUM Consil. P. II. Cons. 57. nr. 19.

- 9) Eine ausdehnende Erklärung läßt sich bey diesem Gesetz nichtfüglich annehmen, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten die Verordnung desselben auf alle andere beschworne Contracte anwenden wollen, zu denen vorzüglich BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 4. et seqq. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Diff. VIII. Th. 5. lit. k. und HARPPRECHT in Diff. cit. de remedio L. 41. C. h. t. §. 40. gehören. Denn der Grund dieses Gesetzes beruhet, wie Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Cod. ad h. L. pag. 72. ganz richtig

119

Es entsteht hierbey die Frage, ob man von einem getroffenen Vergleiche nicht deswegen abgehen dürfe, weil der andere Theil solchem entgegen gehandelt hat? Mehrere Rechtsgelehrte ¹⁰⁾ tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und beziehen sich auch auf verschiedene Gesessstellen ¹¹⁾. Allein diese Meinung läßt sich, als Regel, nicht behaupten, wenn man erwägt, wie nachdrücklich die römischen Gesetzgeber über, all ihr Mißfallen über die Erneuerung verglichener Processe zu erkennen gegeben haben ¹²⁾. Es kann daher die Entgegenhandlung des einen Theils an und für sich dem andern noch kein Recht geben, von einem gültig geschlossenen Vergleiche abzugehen, sondern es kann deshalb nur auf die Erfüllung des Vergleichs, oder auf das deshalb eintretende Interesse geklagt werden ¹³⁾. Die Gesetze, welche man zur

Unter-

tig bemerkt, nicht blos in *religione iurisiurandi*, sondern auch in *favore transactionis, propter lites dirimendas*, und dann lassen überhaupt Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zu. Es sind auch die Strafen so beschaffen, daß sie nur hauptsächlich auf einen Vergleich anwendbar sind. S. HARK ad *Wesenebecium* h. t. nr. 7. und der Gebr. Overbeck *Meditationes* über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Nr. 188. S. 1. ff.

10) WISENEBACH in *Exercitat. ad Pand. Disput. X. §. 30. de co-
CEPT in Iure civ. contro. h. t. Qu. XV.* Claproth in der
Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der
Verträge und Contracte 1. Th. §. 128. S. 353. und Not. m.
S. 355. Menthe §. 80. u. a.

11) L. 27. pr. D. de inoff. testam. L. 14. Cod. h. t.

12) L. 6. L. 10. L. 16. L. 17. L. 33. L. 36. et L. 39. Cod. h. t.

13) Man sehe les *Fernand. de aziz* Opusculor. Lib. II. Sect. II.
Cap. I. §. 10. seqq. (Tom. VI. *Thes. Meermann* pag. 119. seqq.)

Peir.

Unterstützung der verneinenden Meinung anzuführen pflegt, sind auch unserer Behauptung nicht zuwider. Denn die angeführte L. 27. pr. D. de inoff. test. setzt den Fall voraus, daß der Vergleich nudo pacto geschlossen worden ¹⁴⁾, und daher nach dem römischen Rechtssystem keine Klage wirkte. Es war also, um den Contravenienten zur Erfüllung des Vergleichs zu nöthigen, kein anderes Mittel übrig, als dies, daß man die alte Klage gegen denselben fortsetzte, als welche durch das nudum transactionis pactum nicht ipso iure aufgehoben wurde, und dann, wenn sich der Beklagte etwa mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs zu schützen suchte, demselben die replicam doli entgegensetzte ¹⁵⁾. Es kam folglich immer noch darauf an, ob sich nicht der Beklagte hierdurch bewegen ließ, den Vergleich zu erfüllen. Geschah dieses, so mußte ihm die aequitas exceptionis, wie die

Kaiser

Petr. GRANGIANUS in Paradoxis iur. civ. cap. 29. (Tom. V. Thes. Ottoniani col. 629.) Hugo DONELLUS in Comment. ad L. 36. Cod. h. t. Aug. a LEYER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. meditat. 5. Io. Balch. a WEANHER Observat. for. Tom. I. P. III. Observ. 173. Püttet in den auserlesenen Rechtsfällen 2. Band 4. Th. Resp. CCXXXVII. nr. 18. ff. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. XV. Not. k. pag. 280.

14) Dieß erhellet aus den Worten der L. 27. pr. D. de inoff. test. de lite pacto transactum est, ganz deutlich, denn das Wort pactum zeigt in den Gesetzen insgemein ein pactum nudum an, wie auch Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficultiorum legum Codicis ad L. 28. h. t. pag. 66. bemerkt hat. Vergleiche auch Ant. FABER in Rational ad cit. L. 27. pr. D. de inoff. testam. und EMMINGHAUS c. 1. in fin.

15) Man sehe hier besonders GIPHANIUS ad L. 28. C. h. t.

Kaiser Diocletian und Maximian ¹⁶⁾ sich ausdrücken, noch immer zu statten kommen, und die Erneuerung der Klage bleibt daher nur gleichsam die letzte Zuflucht, wenn kein anderes Mittel übrig war, den morosen Transigenten zur Erfüllung seines Versprechens zu vermögen ¹⁷⁾. Soviel hingegen die noch angeführte L. 14. C. h. t. anbelangt, so gehört sie eigentlich gar nicht hieher, da sie von einem solchen Falle redet, wo sich der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs gefallen ließ, folglich der Transact mit beyderseitiger Bewilligung aufgehoben wurde ¹⁸⁾. Eine Ausnahme von der Regel findet indessen statt, wenn dem Vergleiche die

com

- 16) L. 36. Cod. h. t. Si maior annis viginti quinque transigisti, quamvis dari tibi placita, repraesentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, *exceptionis proficit aequitas*: nämlich quoad reus promissa implebit, quibus non impletis, instaurata veteri actione, merito damnabitur, wie DONELLUS in Comment. ad h. L. nr. 3. diese Stelle sehr richtig erklärt.
- 17) Dieß setzt insonderheit die L. 28. C. h. t. außer allem Zweifel, wie de RERES c. 1. §. 11. pag. 120. gezeigt hat. Heutiges Tages bedarf es nun dieses Zwangsmittels ohnedem nicht mehr, weil aus einem jeden verbindlichen Transact auf dessen Erfüllung geklagt werden kann. S. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 160. und WISSENBACH ad L. 28. Cod. h. t.
- 18) Die Worte der L. 14. cit. zeigen dieses deutlich: Si diversa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet, refulsa pecunia, (cum et tu hoc desideras) causam ex integro agi. Man vergleiche über dieses Gesetz DONELLUS, GIPHANIUS, WISSENBACH in Comment. ad Cod. und LEYSER cit. loc. Siehe auch Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Respons. XV. Them. II. et nr. 13. pag. 240.

commissorische Clausel ist beygefügt worden, vermöge welcher derselbe seine Gültigkeit verlieren solle, wenn der andere Theil binnen der gesetzten Zeit dasjenige, wozu er sich in dem Vergleiche verbindlich gemacht hat, nicht erfüllen würde. Die Wirkung dieser Clausel ist, daß wenn der andere Transigent innerhalb der bestimmten Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, ohne eine rechtmäßige Entschädigung anführen zu können, mir nun zweyerley Rechtsmittel zustehen; ich kann nämlich entweder aus dem geschlossenen Vergleiche auf dessen Erfüllung klagen, welches Recht mir, der commissorischen Clausel ungeachtet, unbenommen bleibt ¹⁹⁾; oder ich kann von dem Vergleiche abgehen, und nicht nur dasjenige, was ich des Vergleichs wegen dem andern gegeben oder überlassen habe, mit der conditione ob causam datorum zurückfordern, sondern auch überhaupt alle diejenigen Rechtsmittel wieder gebrauchen, welche mir vor Eingehung des Transacts zustunden ²⁰⁾. Eine zweyte Ausnahme, welche unser Verf. noch anführt, ist, wenn die Contravention des andern Theils den Grund des ganzen Transacts aufhebt. Z. B. ich vergleiche mich mit dem Intestaterben, der mit mir zwar im Testament bedacht worden, aber doch dasselbe aus dem Grunde der Nichtigkeit anfechten wollte, auf ein gewisses Abfindungsquantum. Er handelt aber dennoch dem Vergleich zuwider, und stellt nicht nur seine Nullitätsklage an, sondern stößt auch überdem harte Lüste.

19) L. 4. §. 2. D. de lege commissor.

20) *Fratr. BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. I. Respons. XV. Qu. 3. nr. 12. seqq. pag. 240. de CANNGISSER Decision. Hallo-Castellan. Tom. II. Decis. GLXXX. STRYK de cautelis contract. Sect. III. cap. VII. §. 22.*

Lästerungen wider den Verstorbenen aus. Hier bin ich dem Contravenienten die verglichene Abfindungssumme zu bezahlen nicht gehalten. Denn da er sich durch seine Lästerungen gegen den verstorbenen Erblasser seines Erbrechts gänzlich verlustig gemacht, in Rücksicht dessen ich mit ihm transigiret hatte; so fällt hier der Grund des ganzen Vergleichs weg²¹⁾. Es ist jedoch hierbey noch zu bemerken, daß die Entwährung der durch den Vergleich dem andern überlassenen Sache in keinem Falle ein Recht giebt, von dem Vergleiche abzugehen, und den aufgegebenen Rechtsstreit wieder zu erneuern²²⁾. Denn entweder ich habe dem andern eine Sache gegeben, um das unter uns im Streite befangene Gut zu erhalten oder behalten zu dürfen; oder ich habe die im Streite befangene Sache selbst meinem Gegner für eine andere Sache überlassen. In dem erstern Falle findet die Reivindication, deren sich mein Gegner einmahl begeben hat, darum nicht weiter gegen mich statt, weil

er

21) LEYER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 7.

22) L. 33. Cod. h. t. Si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum est, vel alienum pro parte fuerit probatum; instaurari decisam litem prohibent iura; Ex stipulatione sane; si placita servari, secuta est; vel si non intercesserit, praescriptis verbis actione civili subdita, apud Rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes. Ueber dieses Gesetz verdienen vorzüglich Hugo. DONELLUS in Commentar. ad Cod. pag. 112. seq. und Ger. NOODT de pactis transactionibus cap. XIV. §. Sed transactio etc. (Tom. I. Oper. pag. 525. seq.) nachgesehen zu werden.

er sich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, deren Eigenthum vielmehr auf mich per traditionem brevis manus übergegangen ist. Es kann daher in diesem Falle der andere Theil nur von mir verlangen, daß ich ihm die Gewähr leiste, wenn ihm die gegebene Sache entwähret worden, und deshalb gegen mich mit der actione ex stipulatu, oder actione civili praescriptis verbis klagen. In dem andern Falle hingegen, da ich die streitig gewesene Sache selbst meinem Gegner für eine andere überlassen habe, es sey nun, daß derselbe erst den Besitz der Sache durch den Vergleich erhalten, oder sich schon in dem Besitz derselben befand, da ich mich mit ihm verglich, findet nicht einmahl eine Verbindlichkeit zur Gewährleistung statt, geschweige denn, daß wegen der Entwährung die alte Klage wieder angefangen werden könnte ²³). Denn man kann hier nicht sagen, daß ich dem Vergleich entgegen gehandelt habe, wenn die streitige Sache, die ich vermöge des Vergleichs meinem Gegner überlassen, nachher von einem Dritten entwähret worden; genug, daß ich ihm die Sache mit dem Rechte überlassen habe, mit welchem ich sie selbst besaß, oder mein Gegner sie besessen haben würde, wenn nie ein Streit darüber entstanden wäre ²⁴).

Ein

23) Man vergleiche hier besonders VORT in Comm. ad Pandect. Tom. I. Lib. XXI. Tit. 2. §. 10. *Casp. CABALLINUS* in Tract. de evictionibus. (Venet. 1571. 8.) §. IV. nr. 46. pag. 182. seq. und Griesinger im Commentar über das Württembergische Landrecht. 4. Band §. 265. S. 1083. f. Ein anders ist, wenn die Gewährleistung ausdrücklich versprochen worden. S. *Iust. Henn. ROEHMER* in Diss. de usu et commodis pacti de praestanda evictione. Halae 1736. Cap. II. §. 17.

24) L. 75. D. de Verb. Signif. Die meisten practischen Rechtsgelehrten wollen jedoch dieß nur von dem Falle versprechen, wenn

Ein Vergleich verbindet nun der Regel nach nur diejenigen, welche denselben mit einander geschlossen haben, und auch nur diese erwerben in der Regel ein Recht daraus²⁵⁾. Es treten hier die nämlichen Grundsätze ein, welche bereits in der Lehre von Verträgen (§. 314. und 315) vorgetragen worden sind. Einem Dritten kann daher ein geschlossener Vergleich weder zum Schaden noch zum Vortheil gereichen²⁶⁾. So z. B. kann ein Transact, der über ein in Streit

wenn der Gegner die streitige Sache schon in Besitz gehabt, die ich ihm durch den Vergleich überlassen habe. Sie behaupten daher, daß derjenige, welcher ein streitiges Gut, daß er selbst besaß, seinem Gegner, der es in Anspruch nahm, vermöge des Vergleichs eingeräumt habe, zur Gewährleistung eben sowohl verbunden sey, als wenn er, um dasselbe behalten zu dürfen, seinem Gegner eine andere Sache von dem Seinigen gegeben hätte. S. CARPZOV P. II. Constit. XXXIV. Def. 28. MEVIUS P. V. Decis. 341. LAUFERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de evictionibus §. 13. FRANKIUS Comment. ad Pandect. eod. Tit. nr. 413. seqq. BRUNNE-MANN in Comment. ad L. 33. C. de Transact. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bd. 114. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformation 2. Band. S. 617. u. a. m. Allein daß diese Meinung dem Römischen Rechte nicht gemäß sey, haben schon NOODT und VOET cit loc. gezeigt.

25) VOET ad Pand. h. t. §. 22.

26) L. 3. princ. D. h. t. Imperatores ANTONINUS et VERUS ita rescripserunt: *Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro*

Streit gezogenes Testament geschlossen worden, den Legatarien auf keine Weise präjudiciren, welche an der Schließung desselben keinen Antheil genommen haben²⁷⁾. Es hilft aber auch den wahren Erben nichts, wenn man sich einer Forderung wegen mit demjenigen verglichen, der sich für den Erben ausgab, wenn gleich der Transact in Rücksicht auf die Erbschaft geschlossen worden. Scävola²⁸⁾ hat folgenden Fall. Ein Gläubiger hatte das von seinem Schuldner in Händen habende Pfand eigenmächtig verkauft, und war gestorben. Mävius gab sich für den rechtmäßigen Erben dieses Gläubigers aus, und verglich sich mit

pro oneribus hereditatis, aut, si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre. Man sehe über dieses Gesetz lo. Ortow. *WESTENBERGII* Diuum Marcum Dissert. III. Cap. I. pag. 42. seqq. L. 1. C. *codem*. Neque pactio neque transactio, cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transigeris, tertium convenire non prohiberis.

27) L. 29. §. 2. D. *de inoff. testam.* Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Legatar die Gültigkeit des Testaments beweisen kann; denn von einem Testament, welches nie gültig gewesen, kann man nicht sagen, in suo iure manet, wie auch vorr l. c. bemerkt. Ueberdem sagt auch die L. 3. *pr. D. de pign. et hyp.* Legata aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret.

28) L. 3. §. 2. D. *h. t.*

Glück's Erläut. d. Pand. 5. Th.

§

mit dem Schuldner über die Entschädigung um ein Will. ges. Bey Eröffnung des Testaments ergab sich, daß nicht Mävius, sondern Septizius des Verstorbenen Erbe war. Es wurde gefragt, ob sich dennoch Septizius, wenn ihn der Schuldner seines Erblassers mit der *actione pignoratitia* belange, auf jenen Vergleich berufen könne, den Mävius deßhalb geschlossen? Die Entscheidung fiel gegen den Septizius aus, weil der Schuldner keinen Vergleich mit ihm geschlossen hätte, und Mävius von dem Septizius nicht bevollmächtigt gewesen sey. Es giebt jedoch auch hier Ausnahmen von der Regel. Denn so können sich

1) Fälle ereignen, wo Jemand aus dem Transact eines andern, an dem er keinen Antheil genommen, verbunden wird. Dieß geschieht a) In allen den Fällen, in welchen Jemand in Sachen eines andern zu transigiren befugt war, welche oben (§. 352.) vorgekommen sind. Daher wird die Frau durch den Transact, den ihr Ehemann in Rücksicht ihrer Güter, als Verwalter derselben, geschlossen hat (S. 48.), ein Pupill aus dem Vergleiche seines Vormundes (S. 40.), ferner ein Sohn aus dem Transact, welchen der Vater über sein *pecutium adventitium* auf eine rechtsgültige Art geschlossen hat (S. 45. folg.), verbunden.

b) Verbindet ein Transact auch den, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen tritt, der den Vergleich geschlossen hat ²⁹⁾. So wird z. B. der Erbe aus dem Transact des Erblassers, ferner der Cessionar aus dem Vergleiche des Cedenten verbunden. Papinian ³⁰⁾ führt hiervon

29) *FOURNIER Pandectae Iustinian. h. t. Art. IV. Nr. XVI.*

30) *L. fin. D. h. t. Christfr. WACHTER Opuscul. p. 723. seqq.*

hiervon folgenden Fall an. Es hatte Jemand eine Erbschaft verkauft, und dem Käufer alle Erbschaftsgüter und Forderungen abgetreten, immittelt aber mit einem Erbschaftsschuldner, der von dem Verkauf nichts wußte, einen Vergleich getroffen. Hier kann sich der Schuldner mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs schützen, wenn er von dem Käufer der Erbschaft der Schuld wegen belangt wird.

c) Zuweilen muß sich ein Dritter den Vergleich per consequentiam gefallen lassen, wenn es dadurch ungewiß geworden ist, wer nun von beyden Transigenten eigentlich des Dritten Schuldner sey, so daß er jetzt gegen beyde actione utili klagen muß. Zur Erläuterung kann folgender Rechtsfall dienen, den Scävola ³¹⁾ im zweyten Buch

§ 2

selner

- 31) L. 14. D. h. t. Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est: eaque, transactione facta, certa lege finita est: quæro, creditores quem convenire possunt? Respondit; Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent: si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresse, utilibus conveniendus est. Mehrere Rechtsgelehrte halten diese Stelle für mangelfast, und suppliren nach den Worten: qui transactionem fecissent, folgendes: *id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset.* So lesen HALOANDER und PETRUS AB AREA BAUDOUZA CESTIUS; und eben diese Lesart soll auch nach des Laurelii und Vrenckmanns Zeugniß in einigen alten Handschriften vorkommen. So wird insonderheit durch die Basilica Tom. I. pag. 777. unterstützt, wo diese Stelle so lautet: *Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανεισθαι ἦσαν τῆς κληρονομίας, ἔπονται τοῖς συμφωνηθεῖσιν* i. e. Siquidem iidem creditores hereditarii essent, id observant, quod inter eos convenerit. Daher gehen Cujacius Lib. II. Responsor. Scævolæ ad L. 14. cit. Ulp. *μὴν* in Ennomia Rom.

seiner Gutachten erzählt. Titius setzt den Sejus in seinem Testament zum Erben ein. Nach dem Tode des Titius entsteht ein Streit zwischen dem Intestat, und jenem eingesetzten Testamentserben. Ersterer behauptet, das Testament sey nicht zu Recht beständig, und folglich käme ihm die Erbschaft ab intestato zu. Der Streit wird jedoch durch einen Vergleich beigelegt, und jeder erhält einen Theil der Erbschaft. Nun sind Schulden des verstorbenen Erblassers da, es entsteht also die Frage, von wem die Gläubiger ihre Bezahlung fordern können? Scävola ist der Meinung, daß sie gegen beyde klagen müßten, und zwar hafte jeder für die Schulden des Verstorbenen nach Verhältniß seines Erbtheils, den er durch den Vergleich erhalten hat. Der Grund ist: *propter incertum successionis*, d. i. weil man nicht weiß, wer eigentlich von beyden der rechte Erbe ist ³²⁾. Denn da der Streit durch einen Ver-

Rom. pag. 123. Ger. NOODT Lib. II. Probabil. cap. 2. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 17. pag. 221. Io. Ortwh. WESTENBERG in Divo Marco Dissert. III. Cap. II. §. 5. pag. 50. Frid. Godofr. SCHLEGENDAL in Diss. qua, controversia inter testamentarium et legitimum herodem orta; eaque transactione sopita, quem creditores convenire possint; ad L. 14. D. de Transact. disquiritur. Duisburgi ad Rhen. 1764. §. 4. u. a. m. dieser Lesart den Vorzug vor der Florentinischen. Es läßt sich indessen die Florentinische Lesart ohne jenes Supplement vollkommen rechtfertigen, und sehr gut erklären, wie schon Anton CONTIUS bemerkt, und Jacob. VOORDA Electorum libro sing. Cap. I. pag. 7. seqq. sehr gründlich gezeigt hat.

32) Könnten freylich die Gläubiger die Gültigkeit des Testaments außer Zweifel setzen, so würde ihnen unvcrwehrt seyn, gegen den

Vergleich beigelegt wurde, so blieb es unentschieden, ob das Testament gültig oder ungültig sey, und weder der eine noch der andere konnte mit Gewißheit sagen, daß die Erbschaft ihm von Rechtswegen zugehöre. Da nun also nach dem strengen Civilrechte keiner von beyden Transigenten verus heres geworden, sondern jeder den Theil der Erbschaft, welchen er durch den Vergleich erhalten, nur pro herede besitzt, so können die Gläubiger auch nicht actionibus directis, sondern nur utilibus klagen. Denn nur gegen einen wahren Erben finden actiones directae statt³³⁾. Uebrigens bemerkt Scävola, es sey in Ansehung der Creditoren kein Unterschied, sie möchten entweder diejenigen selbst seyn, die den Vergleich geschlossen hätten, oder fremde. So liesse sich, deucht mir, der Sinn der so sehr bestrittenen Worte: *Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent si alii creditores essent*, mit Voorda³⁴⁾ ganz natürlich bestimmen, ohne daß es des oben bemerkten Supplements bedarf. Denn das verstand sich ja von selbst, daß es bey der getroffenen Verabredung verbleiben müsse. Hierüber war kein Streit. Es bedurfte also auch keiner Entscheidung. Scävola mußte vielmehr die ihm vorgelegte Rechtsfrage: quem convenire creditores possint? ohne Rücksicht einer mit den

§ 3

Gläu.

den Testamentserben allein auf das Ganze zu klagen. S. VOLT h. t. §. 22. Verb. *Casterum, ut transactio non nocet etc.*

33) L. 59. D. de Reg. iur. Gegen denselben, qui heredis loco habetur, kann man nur actione utili klagen. §. 3. et seq. l. de fideicomm. heredit. L. 21. §. ult. D. Quod met. caus. Ulpianus Fragm. Tit. XXVIII. §. 12.

34) c. l. pag. 8.

Gläubigern der Schulden wegen getroffenen Verabredung entscheiden. Natürlich mußte er also auch auf beyde denkbaren Fälle Rücksicht nehmen, nämlich 1) wenn die Gläubiger diejenigen selbst wären, die den Vergleich geschlossen hätten; und 2) wenn es fremde Gläubiger wären. Auf beyde Fälle paßt nun auch die Entscheidung des Scävola: *propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est*; und es ist bey den klassischen Schriftstellern, wie Voorda gezeigt hat, gar nicht selten, daß die *Conjunctio Si* soviel als *Sive* bedeutet. Wenn also der Testaments- oder Intestaterbe selbst eine Forderung an den Verstorbenen hatte, so mußte ihm der andere Mittransigente die Schuld zu seinem Antheil bezahlen; weil auch der wahre Erbe dasjenige, was ihm der Verstorbene schuldig war, von dem andern Miterben *pro parte eius herediaria* mit Recht fordern kann³⁵⁾. Es können sich nun aber auch

2) Fälle ereignen, wo ein geschlossener Vergleich einem Dritten zum Vortheil gereicht. So kommt z. B. der *Transact*, welchen der Schuldner mit seinem Gläubiger schließt, auch dem Bürgen desselben zu statten³⁶⁾. Man kann

35) *L. 7. Cod. de negot. gest. Si ab eo, qui negotia tua gessit, heres ex duobus uncis institutus es: etiam si adeas hereditatem, in reliquis decem uncis adversus coheredem competit tibi petitio, si quam adversus defunctum habuisti actionem.*

36) *L. 68. §. ult. D. de fideiussor. Non possunt conveniri fideiussores, liberato reo transactione. Ja Ulpian sagt sogar in der L. 7. §. 1. D. de transact. Si fideiussor conventus, et condemnatus fuisset, mox reus transigisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus; transactio valeat, quaeritur? et puto valere*

kann aber auch den Vergleich absichtlich zum Vortheil eines Dritten schließen. Hier ist eben das Rechtens, was oben (§. 343.) vorgekommen, wenn man zum Vortheil eines Dritten pacificirt.

§. 356.

Von den Ursachen, aus welchen der Transact seine Gültigkeit verliert.

Es giebt nun mancherley Ursachen, aus welchen ein gültig geschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden kann. Dahin gehört

1) wechselseitige Einwilligung der Partheyen. Denn so wie der Vergleich durch den Willen der dabey Interessirten Theile errichtet wird, so verliert auch derselbe seine verbindliche Kraft, wenn beyde Theile in die Aufhebung willigen. Eben dieses findet

2) statt, wenn dem Vergleiche das *pactum displicentiae* auf den Fall angehängt worden, da einen oder den andern der Vergleich gereuen sollte. Die Rückgabe des Eeligen fordert der Reuende dieser Verabredung zu Folge mit der *conditione causa data*; oder er setzt den Proceß fort. In wiefern ohne dieses *pactum* die Reue bey dem Vergleich statt finde, ist schon oben (S. 5. folg.) gesagt worden.

3) Wenn Minderjährige, und solche Personen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, einen Vergleich schließen, und es ergiebt sich nachher aus neu vorgefundenen Do-

§ 4

cumen-

valere, quasi omni causa et adversus reum, et adversus fidemissorum dissoluta. Vid. Ios. AVERSAIUS in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 8.

cumenten, daß ihnen der Vergleich zum Nachtheil gereicht, so können sie dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen ³⁷⁾; wenn gleich kein Betrug von Seiten des andern Theils, auch keine außerordentliche Verletzung erwiesen werden kann ³⁸⁾. Eben dieses Recht steht auch dem Staate zu ³⁹⁾, als welcher bekanntermassen die Rechte der Minderjährigen zu genießen hat ⁴⁰⁾.

Ob

37) *L. 1. et 2. Cod. Si adversus transact.* Es muß jedoch die von dem Minderjährigen erhaltene Restitution seinem Gegner wenigstens in sofern auch zu statten kommen, daß dieser sich der vorigen Klage nun wider den Minderjährigen bedienen kann, eben so, als wenn gar kein Vergleich wäre geschlossen worden. *S. WISSENBACH in Comment. ad L. 4. C. si adv. transact.*

38) Ist indessen der Vergleich von dem Minderjährigen vermittelt körperlichen Eides bestärkt worden, so findet dagegen in Gemäßheit der *Auth. Sacramenta puberum Cod. si adversus venditionem* die restitutio in integrum nicht statt; vorausgesetzt, daß der Minderjährige weder betrügerischer Weise inducirt, noch mit Gewalt dazu gezwungen worden sey. *S. WARMER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 217. HARPPRECHT Diss. de transactione iurata §. 44. (in EJUSD. Dissert. academ. Vol. I. pag. 301.)* von Quistorp *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien* S. 370. und Hymmen's *Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preussischen Staaten. VII. Samml. S. 70. folg.* Man nimmt jedoch den Fall aus, da der Minderjährige *laesionem enormissimam* zu beweisen im Stande ist. *S. HARPPRECHT Diss. de transactione in causis minorum §. 32. (in EJUSD. Dissert. academ. Vol. I. p. 398. seq.)*

39) *L. 35. D. de re iudic.*

40) *L. 3. Cod. de iure reipublicae.*

Ob nicht auch solche Personen, denen die Rechte der Minderjährigkeit nicht mehr zu statten kommen, einen gültig abgeschlossenen Vergleich aus dem Grunde einer erlittenen unmässigen Läsion anfechten können? ist eine sehr streitige Rechtsfrage, die von den Rechtsgelehrten ganz verschieden beantwortet und entschieden wird. Einige bejahen dieselbe geradezu, und halten mit Bartolus ⁴¹⁾ eine Verletzung über die Hälfte (laesio enormis) für eine gerechte Ursache der Aufhebung eines geschlossenen Vergleichs ⁴²⁾. Andere machen einen Unterschied zwischen einer laesio enormis, und enormissima, und glauben, daß ein Vergleich wenigstens in dem Falle, wenn die erwiesene Verletzung eine laesio enormissima sey, nach der Billigkeit wieder aufgehoben werden könne ⁴³⁾. Noch andere behaupten,

§ 5

es

41) ad L. 2. C. de rescind. vendit. nr. 7.

42) Außer CARPZOV und RICHTER, welche schon unser Verf. Not. r. selbst anführt, vertheidigen diese Meinung auch STAU in Syntagma. iuris civ. Exercit. VI. §. 67. FACINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 26. I. E. LINCK Diss. de transactione ob enormem laesionem rescindenda. Argentor. 1727. u. a. m. Allein man sehe hier Christ. Heinr. Gottl. Röchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 16. Betrachtung, wo man diese Meinung hinlänglich widerlegt finden wird.

43) KLOCK Tom. II. Consil. 57. Qu. 2. nr. 17. seqq. COTHMANN Vol. I. Resp. 36. nr. 265. et Vol. II. Resp. 28. nr. 206. STRYK Ul. Mod. Pandectar. h. t. §. ult. WAPPRECHT Diss. de transactione iudiciali §. 32. nr. 224. seqq. de CANNEGIESER Decision. Hasso-Castellan. Tom. II. Decif. CLXXIX. nr. 7. Die Meinung dieser Rechtsgelehrten haben jedoch schon SCHILTER in Praxi I. R. Exercit. IX. §. 15. und FUFENDOEF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obsl. 143. widerlegt.

es sey bey Entscheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage darauf zu sehen, ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich abgeschlossen worden sey; und wollen zwar in dem letztern Falle die Rescission eines Vergleichs wegen einer Verletzung über die Hälfte zulassen, im erstern Falle aber nicht ⁴⁴). Endlich glauben die meisten und berühmtesten Rechtsgelehrten, daß ein Vergleich wegen keiner, auch der größten Verletzung nicht, angefochten werden könne; diese theilen sich jedoch wieder in zwey Classen. Einige behaupten, daß auch in der Praxis nach dieser theoretisch richtigen Meinung zu sprechen sey ⁴⁵). Andere hingegen geben zwar zu, daß

diese

44) WERNHER *Observat. for.* Tom. II. P. VI. Obf. 474. und Tom. I. P. I. Obf. 177. de CRAMER *Observat. iur. univ.* Tom. III. Obf. 877. *Christ. Lud. REDECKER* *Diff. de transactione iudiciali ob laesionem ultra dimidium non rescindenda. Harderovici 1759.* Allein man sehe dagegen *Dienthe* über die Lehre von Transacten §. 64.

45) VINNIUS in *Tract. de Transactionibus* Cap. VIII. nr. 11. seqq. et in *select. iuris quaestionib.* Lib. I. cap. 57. HUBER in *praelect. iur. civ. h. t.* §. 10. VOET *Commentar. ad Pandect. h. t.* §. 24. LAUTERBACH *Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t.* §. 33. BEVIUS P. IV. *Decis.* 30. FABER *de errorib. Pragmaticor.* Decad. VIII. Err. 10. ZUFENDORF Tom. I. Obf. 143. REINHARTH in *select. Observat. ad Christinaei Decisiones* Vol. I. Obf. 31. WILDVOGEL *Diff. de transactione ob enormem laesionem non rescindenda Ienae 1704.* GUNDLING *Diff. de transactionum stabilitate et instabilitate.* §. 42. seqq. ALEY *Diff. de transactione* cap. X. §. 119. et 120. MÜHLHAUSEN *Diff. de transactione propter laesionem enormem non rescindenda. Marburgi 1740.* KNORRE *Diff. de transactione non rescindenda propter laesionem ultra dimidium. Halae 1756.* *Fratr. BECMANNI* in *Consil.* Tom. II. *Consil.* LVII. Qu. 1. nr. 11. seqq.

pag.

diese Meinung nach der Theorie gegründet sey, sie meinen aber, daß man in der Praxis davon abgehen dürfe ⁴⁶⁾. Unter diesen so verschiedenen Meinungen scheint mir diejenige die richtigste zu seyn, nach welcher behauptet wird, daß nicht nur nach der Theorie ein Vergleich unter dem Vorwande einer, wenn gleich noch so großen Verlesung, keinesweges angefochten und rescindiret werden könne, sondern daß man auch heut zu Tage der Regel nach immer darnach zu sprechen habe, so lange nicht in einem Lande entweder durch Geseze oder durch rechtliche Gewohnheit etwas anders verordnet oder hergebracht ist. Es ist 1) diese Meinung schon in der Natur der Sache selbst gegründet. Denn ein Vergleich hat immer eine an sich ungewisse oder streitige Forderung zum Gegenstande, die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den Vergleich bestimmt worden

pag. 157. Pütter in den auserles. Rechtsfällen 2 Bände 4. Th. Resp. 237. nr. 20. Claproth in der Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 56. S. 123. WALCK in Controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. Membr. II. §. 7. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 1. Band 7. Meditat. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Vol. I. Fasc. III. Obs. 166. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 36. Renth von Transacten §. 62. ff. Besiphal vom Kauf 2. §. 815. und 816. und besonders Mich. Frid. ABEL Diss. de rescissione transactionis tam in genere, quam in specie respectu laesionis enormis. Erlangae 1785. und Röschy in den angeführten Meditationen 1. Band. 16. Betracht.

46) S. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 19. WISENBACH in Comment. ad L. 2. Cod. de rescind. vend. p. 317. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 7. Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit §. 2460.

worden ist. Bey einer solchen onerosen Convention aber, deren Object keinen bestimmten Werth hat, ist eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken. 2) Soll ein Vergleich eben so unverleßlich seyn, als ein Urtheil, welches die Rechtskraft beschritten hat ⁴⁷⁾. Ja er wird einem abgelegten Eide gleich gehalten, welchem die Geseze eine noch grössere Kraft beylegen, als einem rechtskräftigen Urtheil ⁴⁸⁾. Nun aber kann ein rechtskräftiges Urtheil so wenig, als ein Eid wegen einer Verletzung wieder aufgehoben werden ⁴⁹⁾. 3) Wollen die Geseze, daß ein Vergleich, welcher einmahl ehrlich abgeschlossen worden ist, nicht einmal unter dem Vorwande neu aufgefundenen Urkunden solle rescindirt werden können ⁵⁰⁾. Da nun der Beweis einer erlittenen Läsion schwerlich geführt werden kann, wenn die neu aufgefundenen Urkunden gegen den einmal abgeschlossenen Vergleich nichts gelten sollen ⁵¹⁾; so geben uns jene Geseze einen neuen unwiderleglichen Beweis, daß nach dem Geiste derselben auch wegen einer Verletzung kein Transact rescindirt werden solle. Sodann 4) fehlt es auch nicht an einem ganz deutlichen Geseze, worin ausdrücklich gesagt wird, daß wenn auch der Transigent in der Folge durch neu aufgefundenen

47) L. 20. Cod. h. t.

48) L. 2. D. de Iurejur. Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. L. 1. pr. D. Quar. rerum actio non datur.

49) L. 4. Cod. de re iudicata. L. 2. Cod. Sentent. rescindi non posse. L. 9. pr. D. de iurejur. L. 21. D. de dolo malo. L. 56. D. de re iud. L. 1. Cod. de reb. credit. et iurejur.

50) L. 19. et L. 29. C. h. t.

51) Cap. 1. X. h. t.

gefundenen Documente erweisen könnte, daß er über das Vierfache verlegt sey, dennoch der Vergleich daffalls nicht aufgehoben werden solle ⁵²⁾. Wenn nun zwar 4) dagegen eingewendet werden will, es sey der Billigkeit und der Analogie der L. 2. C. de rescind. vendit. gemäß, daß ein Vergleich eben so gut, wie ein Kauf, oder ein jeder anderer oneroser Contract, wegen einer übermäßigen Verletzung rescindirt werde; so ist hierbey wohl zu erwägen, daß zwischen einem Kaufcontract, worauf sich doch die L. 2. Cod. de resc. vendit. bloß einschränkt, und einem Vergleiche ein sehr auffallender Unterschied sey. Denn bey einem Kauf läßt sich der Werth des einen, gegen das, was dagegen geleistet wird, genau festsetzen, und nach einem gewissen Verhältniß bestimmen. Allein bey einem Vergleiche läßt sich weder ein so genaues Gleichgewicht der beyderseitigen Prästationen festsetzen, noch ist auch dieses erforderlich, weil der Gegenstand desselben immer ungewiß, unbestimmt und zweifelhaft ist, mithin keinen gewissen Werth hat. Eben so wenig steht auch 6) die von den Verteidigern der

gegen-

52) L. 78. §. ult. ad SCtum Trebell. Heres eius, qui post mortem suam rogatus erat, universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, si non transactum esset, posse. COCCÆJ in iure civ. contr. h. t. Qu. 17. will zwar dieses Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vergleich erst nach den aufgefundenen Kunden geschlossen worden ist; allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle widerlegt schon diese irrige Erklärung von selbst. Man sehe ZIMMINGHAUS ad Coccejum c. l. Not. m. pag. 231. seq.

gegenseitigen Meinung insgemein angeführte L. 5. C. de dolo malo unserer Behauptung entgegen, indem darin ganz offenbar von einem solchen Falle geredet wird, wo die Verletzung durch einen Betrug des andern Theils entstanden war, wie die Schlußworte: non de dolo propter paternam verecundiam, (denn der Vater hatte seine emancipirte Tochter durch bößlichen Betrug zum Vergleich vermocht) sed in factum actio tibi tribuenda est, ganz deutlich zu erkennen geben. Es läßt sich also 7) wohl nicht mit Grunde behaupten, daß die oben angeführten Gesetze der Pandecten durch neuere Gesetze im Codex seyen aufgehoben worden, indem sich vielmehr aus der L. ult. in fin. Cod. de plus petit. nicht undeutlich das Gegentheil beweisen läßt. Mit diesen Grundsätzen des Röm. Rechts stimmt nun auch 8) das alte teutsche Recht überein, wie die bekannten teutschen Spruchwörter lehren: ein magerer Vergleich ist besser, denn ein feistes Urtheil; desgleichen: wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurst, und laß es seyn⁵³⁾. Endlich wird auch 9) nach der von uns behaupteten Meinung bey den vornehmsten Difasterien, z. B. beym Reichs-Cammergericht⁵⁴⁾, beym Königlich-Preussischen Tribunal zu Berlin⁵⁵⁾ und andern mehr gesprochen.

Eine

53) S. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Spruchwörtern 6. Abth. Nr. VIII. S. 516.

54) GAIL Lib. II. Obl. 70. n. 6. sqq. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obl. 926. und Hofchers Sammlung merkwürdiger am R. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle. 1. Th. 3. Rechtsfall S. 104.

55) S. Hymmens Beiträge zur jurist. Literatur in den Preuss. Staaten 6. Samml. S. 87. u. Kleins Annalen 1. Th. S. 317.

Eine mit jener verwandte Frage ist noch die, welche unser Verfasser am Schluß dieses Paragraphen entscheidet, nämlich, ob nicht ein allgemeiner Transact (transactio generalis) aus dem Grunde wieder aufgehoben werden könne, daß sich nachher noch Species gefunden haben, die zu dem verglichenen Genus gehören? Man versteht unter einem allgemeinen Transact einen solchen Vergleich, der über einen Gegenstand geschlossen worden ist, welcher mehrere Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen begreift ⁵⁶). Dahin gehört z. B. wenn der Vergleich über einen Erbsanspruch, oder über eine Societät, oder Vormundschaft ist eingegangen worden. Ein solcher allgemeiner Transact faßt nun seiner Natur nach alle Species d. i. alle Individuen in sich, die zu dem verglichenen Genus gehören, und kann daher auch unter dem Vorwande, daß man an gewisse Species, welche sich erst nachher gefunden hätten, nicht gedacht habe, keinesweges angefochten werden ⁵⁷). Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß die Transigenten bey Schließung des Transacts an diese Species denken konnten, und auch von keinem Theile ein Betrug begangen worden sey. Hierher gehört

der

56) Die Begriffe von allgemeinen und besondern Vergleich entwickelt sehr gut Hr. Hofrath Gönner in den juristischen Abhandlungen 1. Th. (Bamberg 1795. 8.) Nr. IV. §. 6. ff. S. 82. ff.

57) *L. 29. C. h. t. Sub praetextu Specierum post repertarum generali transactione finita rescindi, prohibent iura. — L. 12. D. h. t. Non est ferepudus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit.*

der Fall, den Modestin im zweyten Buch seiner Gutachten entscheidet ⁵⁸⁾. Drey Geschwister, Titius, Mävlus und Seja vertheilten unter sich die mütterliche Erbschaft, und errichteten einen schriftlichen Erbvergleich, worin es heißt: daß die Erbschaft der Mutter völlig vertheilt worden, und nichts mehr in Gemeinschaft geblieben sey. In der Folge erfahren zwey dieser Geschwister, Mävlus und Seja, welche zur Zeit des Todes ihrer Mutter abwesend waren, daß ihr Bruder gewisse Goldmünzen auf die Seite gebracht habe, von welchen in dem Theilungsrecess nichts enthalten ist. Es fragte sich nun, ob, des geschlossenen Erbvergleichs ungeachtet, die Geschwister gegen ihren Bruder wegen des verheimlichten Geldes klagen konnten? Modestin antwortet: Ja. Denn wenn die Geschwister, welche, von dem Betrug des Titius nichts wissend, die Erbtheilung abgeschlossen haben, auf ihren Antheil an dem unterschlagenen Gelde Klage anstellen, und ihnen die Exception, daß ein allgemeiner Theilungsrecess vorhanden sey, entgegengesetzt wird: so können sie sich mit der *replica doli* helfen. Es versteht sich endlich auch, daß ein allgemeiner Transact, wenn er auch noch so allgemein abgefaßt ist, über das verglichene Genus nicht ausgedehnt werden darf ⁵⁹⁾. Wenn z. B., sagt Ulpian ⁶⁰⁾, ein mündig gewordener Pupill mit seinem Vormund über den verwalteten Antheil seines Vermögens einen Vergleich trifft, und nachher als Erbe seines verstorbenen unmündigen Bruders

58) L. 55. D. de pactis.

59) L. 3. §. 1. L. 12. in fin. D. h. t. Gönnner a. a. O. §. 5. S. 82.

60) L. 9. pr. D. eod.

ders auf desselben Antheil gegen eben diesen Vormund klagt, so kann sich der Vormund nicht auf jenen Vergleich berufen; denn ein Transact beschränkt sich immer nur auf den Gegenstand, worüber die Unterhandlung gepflogen worden ist.

§. 357.

Bemerkung über die strenge Interpretation der Transacte.

Wenn die Rechtsgelehrten gewöhnlich die Regel geben, daß Transacte einschränkend auszulegen seyn ⁶¹⁾, so hat zwar diese Regel in sofern ihre Richtigkeit, wenn man sagt, daß Transacte nur von demjenigen Gegenstande zu verstehen sind, worüber die Partheyen sich verglichen haben, und auf non cogitata nicht ausgedehnt werden dürfen. Allein unrichtig ist es, wenn man dieselbe für eine den Transacten besonders eigene Regel der Auslegung ausgeben will, da kein hinreichender Grund vorhanden ist, warum ein Vergleich strenger, als ein jeder anderer Vertrag, erklärt werden sollte ⁶²⁾. So wie demnach jeder Vertrag aus der Absicht der Paciscenten zu erklären ist, so muß dieselbe Satz auch als Regel für die Auslegung der Transacte gelten, und es ist daher nicht alle ausdehnende Erklärung bey den Vergleichen auszuschließen, wenn sie der Absicht der

61) VOLT in Comm. ad h. t. §. 21. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 11. LEYER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 8.

62) Vorzüglich verdienen hier Hrn. Hofr. Edners angeführte juristische Abhandlungen 1 Th. Nr. IV. nachgesehen zu werden, wo man eine Prüfung des Satzes, daß Transacte streng zu interpretiren seyn, finden wird.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

der Transfigenten gemäß ist ⁶³). Selbst die Gesetze begünstigen diese Erklärungsart nicht undeutlich, wenn sie verordnen, daß ein allgemeiner Transact auch alle Species in sich fasse, die zu dem verglichenen Genus gehören ⁶⁴). Hieraus ergibt sich aber auch, was unser Verf. noch zuletzt bemerkt, daß wenn ein Vergleich nur über bestimmte einzelne Ansprüche und Forderungen geschlossen worden ist, (*transactio specialis*), ein solcher besonderer Vergleich weiter, als die verglichene Species reicht, nicht ausgedehnt werden dürfe, und auch selbst dann nicht, wenn gleich von den Partheyen allgemeine, oder vielmehr unbestimmte Ausdrücke wären gebraucht worden ⁶⁵). Daher die Ausdrücke: man wolle keine weitere Forderung machen, nur auf den Gegenstand des Vergleichs, oder derjenigen Berechnung, worüber transfigirt worden ist, nicht aber auf andere Forderungen gezogen werden können ⁶⁶).

63) Man sehe Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes, 2. Th. Decif. LXV. nr. 12. und VINNIUS de transactionibus Cap. VIII. §. 20.

64) L. 29. Cod. h. t.

65) L. 31. Cod. h. t. Si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, nihil amplius peti: etsi non additum fuerat: eo nomine; de caeteris tamen quaestionibus integra permanet actio. Eine Erläuterung dieses Gesetzes giebt Sönnner a. a. O. §. 15.

66) S. Ios. AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 20. n. 11. seqq. und Hymmens Beyträge zur jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. VIII. Samml. S. 55.



De Postulando.

§. 358. u. 359.

Was heißt *postulare*? was ist ein *Advocat*?

Könnte eine Rechtsstreitigkeit nicht durch Vergleich beigelegt werden, so muß man sie ordnungsmäßig in den Weg Rechts einleiten, und vor Gericht verhandeln. Die Parthenen führten nun entweder ihre Sache selbst vor Gericht, oder sie bedienten sich dabey eines rechtlichen Beystandes. In beyden Fällen wurde der Ausdruck *postulare* gebraucht, welcher also, wie Ulpian⁶⁷⁾ lehrt, soviel bedeutet, als *desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere*, d. i. seine eigene Rechtsangelegenheit, oder das Anliegen seines Klienten dem Richter ordnungsmäßig vortragen, oder dem Verlangen seines Gegners widersprechen, und seinen Vortrag auf rechtsbehörige Art widerlegen. Dessenlgen, welche sich damit beschäftigten, einer streitenden Parthey in ihrer rechtlichen Angelegenheit beyzustehen, sie von dem, was Rechts ist, zu unterrichten, und ihre Rechtszuständigkeiten auszuführen, wurden *Advocati* genannt, daher nun unter dem Titel *de postulando* hauptsächlich von den *Advocaten* gehandelt wird. Diese *Advocaten* werden in den Gesetzen auch *Patroni* oder

G 2

Pa^s

67) L. 1. §. 2. D. h. t.

Patroni causarum ⁶⁸⁾; ferner *Togati* ⁶⁹⁾ auch *Scholastici* ⁷⁰⁾ genannt, und weil sie für ihre Klienten Reden vor Gericht hielten, so sagte man von ihnen, quod causas orarent ⁷¹⁾, und gab ihnen den Titel *Oratores* ⁷²⁾, auch *Dissertissimi* ⁷³⁾. Ueberhaupt standen sie bey den Römern in großem Ansehen, wie man aus der Lobrede sieht, welche die Kaiser Leo und Anthemius ⁷⁴⁾ auf sie halten. Heutiges Tages werden die Advocaten auch Fürsprecher, Rechtsfreunde oder rechtliche Beystände genannt, und ihre Beschäftigung ist mit der der ehemaligen römischen Advocaten in sofern die nämliche, daß sie auch den streitenden Parteien bey Führung ihres Processes vor Gericht assistiren, und ihnen, in soweit es auf Rechtskenntniß ankommt, mit Rath und That zur Hand gehen. Sie sind von den gerichtlichen Procuratoren, oder Sachwaltern zu unterscheiden, welche eine Vollmacht erhalten, und daher wahre Stellvertreter der Interessenten sind, und auch solche Geschäfte vor Gericht besorgen können, wozu eben keine Rechtskennt-

68) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 4. L. 6. C. eod. L. 1. L. 5. L. 14. C. de advoc. divers. iudicior.

69) L. 3. L. 6. L. 8. L. 9. seqq. C. de advoc. div. iudic.

70) L. 2. C. de lucris advocat.

71) L. 2. §. 43. D. de orig. iuris.

72) GELLIVS Nost. Attic. Lib. V. cap. 10. L. 33. §. 1. C. de Episc. et cleric. L. 3. §. 9. Cod. de V. I. E.

73) L. 13. C. de adv. div. iudic.

74) L. 14. C. eod. In der L. 4. §. 1. C. eod. werden sie auch viri clarissimi genannt. Man sehe übrigens Adr. STAEGER Comment. de nomine advocatorum honorificentissimo. Lipsiae: 1735.

Kenntniß erfordert wird ⁷⁵⁾. Von diesem werde ich im 3. Titel dieses Buches ausführlicher handeln. Uebrigens ist die Materie von Advocaten unter den neuern von Johann Christoph Teller ⁷⁶⁾, und Georg Friedr. Joseph Roffel ⁷⁷⁾ gut bearbeitet worden. Zur Erläuterung können auch der griechischen Rechtsgelehrten, nämlich des Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Cyrillus und anderer Commentare über den Titel der Pandecten und des Codex de postulando dienen ⁷⁸⁾.

§. 360.

Wie weit sind Advocaten zuzulassen?

Advocaten, welche dunkle und zweifelhafte Rechtshändel mit gehöriger Rechtschaffenheit, Einsicht und Geschicklichkeit vor Gericht auseinander setzen, sind allerdings dem Staate sehr nützlich. Einer jeden Parthey steht es daher der Regel nach frey, sich eines Fürsprechers vor Gericht zu bedienen, und es gehört ganz zur Ausnahme von der Regel, wenn der Richter eine Parthey nöthigen kann, allein vor Gericht zu handeln, welches nur in einigen wenigen Fällen statt findet, z. B. in peinlichen Sachen, wo es auf das Verhör des Angeschuldigten ankommt, ferner in Ehe-

§ 3

sachen,

75) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 2. Hypotheser im Commentar über die Institutionen §. 2176. Derselbe Grundsatze des ordentl. bürgerl. Processus §. 44.

76) Diss. de postulando seu de advocatis causarum *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. I. pag. 168. sec.

77) Diss. de advocatis, prael. Car. Christoph. *Meermann* def. *Tubingae* 1783.

78) Sie stehen im *Thes. Meermann*. Tom. III.

sachen, und wo überhaupt die Güte unter den Partheyen versucht werden soll ⁷⁹⁾). Zuweilen kann auch der Richter einer Parthey von Amtswegen einen rechtlichen Beystand bestellen ⁸⁰⁾, z. B. wenn sie keinen Advocaten bekommen kann. Ja er kann den Partheyen auferlegen, sich eines Advocaten zu bedienen, wenn sie ihre Rechtsache vor Gericht selbst auszuführen nicht im Stande sind. Wenn jedoch die Gesetze ⁸¹⁾ dem Richter zur Pflicht machen, dahin zu sehen, daß die streitenden Theile beyderseits von gleich geschickten Advocaten gleich gut vertheidiget werden, so wird dieß h. z. nicht mehr beobachtet ⁸²⁾).

§. 361.

Einteilung der Advocaten.

Advocaten sind entweder zur Ausübung ihres Amtes öffentlich authorisirt, oder nicht. Letztere werden der Regel nach vor Gericht als Fürsprecher nicht zugelassen: sie dürfen auch keine Proceßschriften in eigenem Namen übergeben, sondern müssen solche wenigstens von einem recipirten Advocaten unterschreiben lassen. Der Regel nach darf also niemand vor Gericht advociren, der nicht nach vorgängiger Prüfung und Beeidigung vom Staate die Erlaubniß dazu erhalten.

79) *Cap. 14. X. de iudic. Cap. 1. eodem, in 610. I. H. BOEHMER* *Iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVII. §. 2. seq.*

80) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

81) *L. 7. Cod. h. t.*

82) *S. VOLT in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. NELLER cit. Diff. Sect. II. §. 2. Not. i. pag. 178. und Elaprotz in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 72. Not. mm.*

erhalten hat. Denn da von einer ordentlichen, zuverlässigen und legalen Besorgung processualischer Angelegenheiten der Wohlstand der Unterthanen größtentheils mit abhängt, so kann es dem Staate nicht gleichgültig seyn, was für Leute zu solchen Rechtsbeständen gebraucht werden, sondern er muß dazu Männer von geprüfter Geschicklichkeit und Rechtschaffenheit aussuchen, und dem Publikum als solche, an die es sich in seinen Privatangelegenheiten mit Zuversicht wenden könne, bezeichnen. Mit Recht bemerkt daher unser Verf., daß das Amt eines Fürsprechers heut zu Tage gewöhnlich ein öffentliches ist. Es kommt indessen freylich auf die Verfassung eines jeden Landes an, indem in manchen Ländern und Gerichten ein jeder als Advocat zugelassen wird, der im Allgemeinen die dazu erforderlichen Fähigkeiten hat. Ist an einem Orte eine bestimmte Zahl von Advocaten festgesetzt, so heißen diejenigen, welche nach vorhergegangener Prüfung und Verpflichtung unter diese Zahl förmlich sind aufgenommen worden, *advocati ordinarii*; die hingegen über die bestimmte Zahl aufgenommen werden, heißen *advocati supernumerarii* oder *extraordinarii* ⁸³⁾

§ 4

In

83) Auch schon bey den Römern war eine bestimmte Zahl der Advocaten festgesetzt; daher geschieht der *Matriculae advocatorum* in den Gesetzen öftere Erwähnung. L. 11. L. 13. L. 15 — 17. *Cod. de advocat. divers. iudicior.* 3. B. bey dem Praefectus praetorio waren 150 Advocaten angestellt L. 8. L. 11. §. ult. *C. cod.* S. DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1018. Bey dem Reichskammergericht sind zur Besorgung der Partheysachen zwölf ordentliche Advocaten angestellt. S. Günther Heinrich von Berg *Gründriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis.* (Göttingen 1797. 8.) §. 71.

In Ansehung der Rechtsfachen, zu deren Vertheidigung und Besorgung Advocaten öffentlich bestellt sind, giebt es wieder verschiedene Arten derselben. Sie sind nämlich entweder *advocati fisci*, welche zur Vertheidigung der herrschaftlichen Gerechtsame, oder *advocati privati*, welche zur Besorgung der Rechtsangelegenheiten der Unterthanen bestimmt sind. Erstere werden Fiskäle genannt⁸⁴⁾, und erhalten von dem Landesherrn eine jährliche Besoldung; letztere hingegen nicht.

§. 362.

Unterschied zwischen *Advocatis ordinariis* und *supernumerariis*.

Ist ein Fürsprecher in der Zahl der ordentlichen Advocaten förmlich aufgerommen worden, so darf er ohne erhebliche Ursach niemanden seinen Beystand versagen⁸⁵⁾. Er kann vielmehr unter Bedrohung einer Geldstrafe oder der Entsetzung seines Amtes gezwungen werden, einer Parthey zu dienen, besonders wenn sie durch die List und Macht ihres Gegners seinen Beystand finden kann, oder ihr darum niemand dienen will, weil sie arm ist. Die *advocati ordinarii* sind vielmehr schuldig, die Rechtsfachen der Armen unentgeltlich so lange zu vertheidigen, bis diese einmal in bessere Umstände kommen, und nun im Stande sind, ihrem Advocaten seine Gebühren zu bezahlen⁸⁶⁾. Diese Verbindlichkeit findet hingegen bey den *advocatis supernumerariis*

84) Vid. Tit. Cod. de *advocatis fisci*. DONALLUS cit. loc. cap. 5. pag. 1022.

85) L. 7. C. h. t. Concept der Kammergerichtsordn. Th. I. Tit. 13. §. 2 — 4.

86) Claproté a. a. O. S. 279.

rariis nicht statt, von deren freyen Willen es vielmehr abhängt, welchen Partheyen sie dienen wollen, nur daß sie die einmal übernommenen Rechtsfachen redlich betreiben und zu Ende bringen müssen ⁸⁷⁾. Uebrigens muß ein Advocat seinem Clienten ohne Ansehen der Person gegen einen jeden, und selbst gegen die Obrigkeit, dienen. Nur Fiskäle dürfen ohne besondere Erlaubniß nicht gegen den Fiskus dienen ⁸⁸⁾; ausser wenn die Sache sie selbst, oder ihre Eltern, oder ihre Kinder, oder ihre Pupillen angeht ⁸⁹⁾.

§. 363. u. 364.

Wer kann Advocat seyn? und wer ist dazu nicht fähig?

Ein Advocat muß nun nicht nur die Theorie der Rechte verstehen, sondern auch in der juristischen Praxis geübt seyn. Daß er eine Würde in den Rechten erlangt haben müsse, wird nur bey den Advocaten des Reichskammergerichts erfordert. Er muß ferner das gehörige Alter haben. Nun wird zwar nach dem Röm. Rechte nicht gerade erfordert, daß ein Fürsprecher die Volljährigkeit erreicht haben müsse, sondern für hinreichend gehalten, wenn er nur über siebenzehn Jahr alt ist ⁹⁰⁾. Allein da heutiges Tages ins-

§ 5

gemein

87) ROSSER cit. Diff. §. 4. pag. 11. in fin. et seq.

88) L. 1. et 2. C. de advoc. fisci.

89) L. 10. pr. L. 11. D. h. t. In Ansehung des kaiserlichen Fiskals und seines Advocaten scheint jedoch nach dem Concept der Kammergerichtsordnung I. Th. Tit. 27. §. 2. eine Ausnahme statt zu finden.

90) L. 1. §. 3. D. h. t. Es werden jedoch Minderjährige nur insofern vor Gericht zugelassen, als sie für andere postulliren; ihre eigene Processen hingegen können sie ohne Beystand eines

Eura

gemein das Amt der Advocaten und gerichtlichen Procuratoren verbunden zu seyn pflegt, so erfordert man nach Vorschrift des gewöhnlichen Rechts ⁹¹⁾ gewöhnlich ein majorennes Alter ⁹²⁾; obmohl es nicht an Rechtsgelehrten ⁹³⁾ fehlt, welche in Gemäßheit des römischen Rechts auch heut zu Tage ein Alter von 18 Jahren, um vor Gericht für andere postulliren zu können, für hinreichend halten. Ein Advocat darf auch kein Geistlicher seyn ⁹⁴⁾. Die canonischen Rechte verbieten jedoch nur den Geistlichen der höhern Orden das Advociren in den weltlichen Gerichten; und nehmen auch hier den Fall aus, wenn die Rechtsache, die ein Geistlicher zu vertheidigen übernommen, ihn selbst, oder seine nahen Anverwandten, oder seine Kirche, oder mitleidswürdige Personen betrifft, welche er sogar vor einem weltlichen Gericht vertreten kann ⁹⁵⁾. Daß ein Advocat auch mit keinem solchen Mangel in Ansehung seines Körpers oder Gemüths behaftet seyn dürfe, der ihn an der Ausübung seines Amtes hinderlich seyn könnte, also nicht blödsinnig, nicht taub, nicht

Curators nicht vor Gericht besorgen. L. 45. §. 2. D. de re iudic. L. 4. C. si adv. rem iud. L. 11. C. qui dare tut. L. 2. C. qui legit. person. standi. L. 4. C. de auct. praefi. S. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 3. WELLES cit. Diss. Sect. 11. §. 2. Not. c. in Addit.

91) Cap. 5. de procurator. in 6to.

92) LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LI. medit. 1. Ge. Steph. WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. IX. Obs. 1. pag. 113. seq.

93) STRYK Ul. Mod. Pandect. h. t. §. 2. et 3. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. II. Not. 2. u. a. III.

94) Cap. 1. et 3. X. h. t.

95) Paul. Ios. a RIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiasticae t. II. §. 470. WELLES c. I. pag. 176. §. 2. lit. a.

nicht blind seyn müsse, versteht sich zwar von selbst, wenn auch diejenigen Gründe, weßhalb Ulpian ⁹⁶⁾ Taube und Blinde vom Postuliren ausschließt, heutiges Tages nicht mehr statt finden ⁹⁷⁾. Es behaupten indessen mehrere Rechtsgelehrte, daß heut zu Tage wenigstens Blindheit nicht ganz unfähig mache, vor Gericht zu postuliren ⁹⁸⁾, es darf nur aber freylich nicht etwa auf eine Recognition der Urkunden, oder sonst auf eine augenscheinliche Besichtigung ankommen, so wie denn auch ein tauber Advocat zu Hause noch wohl seinem Clienten dienen kann, sofern es bloß auf die Abfassung der Proceßschriften, oder auf Ertheilung eines mündlichen Rathes ankommt ⁹⁹⁾. Ein Advocat muß ferner das Zeugniß eines rechtschaffenen und untadelhaften Lebenswandels für sich haben. Wer einer infamirenden Handlung überführt ist, kann daher zu diesem Amte nicht zugelassen werden ¹⁰⁰⁾. Endlich darf auch niemand in der nämlichen Sache Advocat und Richter zugleich seyn, um

Par.

96) L. 1. §. 3. et §. D. h. t.

97) Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. Not. g.

98) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 23. BERGER Oecon. iuris c. 1. Not. 3.

99) NELLER cit. Diff. Sect. II. §. 2. Not. d.

100) L. 1. §. 8. D. h. t. Jedoch können Ehrlose für sich und für gewisse andere Personen postuliren, welche in dem §. 11. cit. L. 1. D. h. t. angeführt werden. Dieser Stelle ist §. 11. I. de except. nicht entgegen, welcher von einem solchen Falle zu verstehen ist, wo der Vorwurf der infamirenden Handlung nicht erwiesen ist, sondern noch auf einer mühsamen und weitläufigen Untersuchung beruhet, wie LITZKE Specim. LI. medit. 6. zeigt.

Partheylichkeit zu verhüten ¹⁾). Der Richter muß sich daher alles Advocirens bey dem Gericht enthalten, wo er als Richter angestellt ist. Hat er vor der Uebernehmung des Richteramts der einen oder der andern Parthey gedient, so darf er in der Sache kein Urtheil sprechen ²⁾). Nach der Strenge des römischen Rechts soll sogar demjenigen, welcher ein Richteramt verwaltet, nicht einmal in einem fremden Gericht zu postuliren erlaubt seyn, weil man besorgt, er werde sich keinem Amte vollkommen widmen, und daher keins von beyden wohl verwalten können ³⁾). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird es keinem Richter untersagt, in einem fremden Gericht als Advocat zu dienen ⁴⁾). Ob indessen ein Richter auch in der nämlichen Sache, in welcher

1) L. 6. pr. C. h. t.

2) L. 17. D. de iurisdice. L. 14. Cod. de assessor. ZIEGLER in Dicaſtice Concluf. 19.

3) L. 14. pr. Cod. de assessor. — Cum satis abundeque sufficiat, vel per advocacionem causis perfectissimo patrocinari, vel assessoris officio fungi: ne, cum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat. Durch dieses Gesetz scheint also die L. 5. D. de officio assessor. aufgehoben zu seyn, wie HUBER in praelect. ad Dig. Lib. I. Tit. 22. dafür hält. Jedoch haben andere zu erweisen gesucht, daß in der L. 5. cit. gar nicht die Frage davon sey, ob ein Richter in einem fremden Gericht advociren dürfe. Man sehe Iul. PACIUS *Εὐαντιοφάνων* Centur. I. Qu. 55. Ant. SCHULTING in Inſcriptud. Antejustin. pag. 217. und besonders||lo. Died. van LEUWEN Diff. de iuris studiosis P. I. Cap. II. §. 5. (in Ger. OELRICHS Theſ. Diff. Belgicar. nov. Vol. II. T. I. pag. 363.)

4) de COCCAZI in iure civ. contro. h. 1. Qu. 2. EMMINGHAUS ad Eundem not. u. NELLER cit Diff. Sect. II. §. 2. Not. k. in Addit. pag. 179.

welcher er das Urtheil in der erstern Instanz gesprochen hat, in der zweyten Instanz als Advocat dienen könne? ist eine andere Frage. So viel ist wohl richtig, daß er nicht sein eignes Urtheil anfechten, und davor patrociniren dürfe ⁵⁾). Allein es fragt sich, ob nicht der Unterrichter zur Vertheidigung der von ihm gefällten Sentenz dem Appellaten in der höhern Instanz dienen könne? Mehrere Rechtsgelehrte ⁶⁾) wollen auch dieses dem Richter nicht gestatten, weil die Worte der L. 6. pr. Cod. h. t. *non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex*, so generell gefaßt wären, daß sie auch sehr gut auf die andere Instanz gezogen werden könnten, zumal da die Acten insgemein an den Richter der ersten Instanz zur Execution der Sentenz remittirt wurden. Allein nach dem Zeugniß der meisten practischen Rechtsgelehrten ⁷⁾) ist es wenigstens heut zu Tage dem Richter der erstern Instanz unverwehrt, die Vertheidigung seiner Sentenz in der Appellationsinstanz zu übernehmen; man kann auch eigentlich nicht sagen, er sey in der nämlichen Sache Richter und Advocat zugleich, da er in der zweyten Instanz sich keiner weitem Cognition und Ent-

5) S. ZIEGLER *Dicastice Concl.* XIX. §. 7. ROSSER cit. *Diff.* §. 6. pag. 18. NELLER c. 1. not. k. SCHAUMBURG in *compend. iuris Digesti* h. t. §. 5. u. a. m.

6) Man sehe z. B. *Io. Tob. Richter selection. iuris principia ad ordin. Digestor. exposit. Disputat. VI.* (*Lipsiae* 1743. 4.) §. 3. und *Elaprotz's* Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. S. 278.

7) *Ant. FABER* in *Cod. Lib. II. Tit. 5. Def. 1.* BRUNNEMANN in *Comm. ad L. 6. Cod. h. t.* BERGER *Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. 2. Not. 7.* ZIEGLER c. 1. COCCYI c. 1. NELLER c. 1. u. a. m.

Entscheidung anmassen darf, die Execution aber von demselben nicht nach seiner Sentenz, sondern nach dem Urtheil des Obergerichtes vollstreckt wird.

§. 365 — 367.

Pflichten eines Advocaten gegen seinen Clienten.

Ein Advocat muß sich nun in allen seinen Geschäften einer strengen und gewissenhaften Redlichkeit befleißigen, und daher das Interesse seines Clienten treu und eifrig wahrnehmen. Die Gesetze selbst verbinden ihn zu dem möglichsten Fleiße⁸⁾. Er muß also für jeden Schaden haften, woran er auf irgend eine Art Schuld ist⁹⁾. Hat er unter eine gerichtliche Eingabe das Concept mit seines Namens Unterschrift gesetzt, so muß er auch für die Schicklichkeit und Unschicklichkeit des Inhalts stehen¹⁰⁾, und es kann solcher seinen Clienten nicht zur Last gelegt werden, wenn derselbe zumal der gemeinen Rechte und der Behandlungsart gerichtlicher Geschäfte unfundig ist. Ein Advocat muß ferner seiner Parthey die Vorschriften der Gesetze deutlich und richtig erklären, und sie für deren Uebertretung oder Verabsäumung, ingleichen für allen andern Schaden und Nachtheil, ehrlich und freymüthig warnen. Er muß

8) L. 14. §. 1. *Cod. de iudiciis*, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est.*

9) *de concepti in iure civ. contrav. h. t. Qu. 7. LITSEN Specim. XLVIII. Coroll. 1. NELLER cit. Diss. Sect. IV. §. 3. et in Quaest. ad h. §. pag. 209. Nettelbladt in der Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 111. Claproth a. a. O. §. 74. Not. b. S. 299.*

10) BOEHMER Consultat. et Decision. T. II. P. I. Resp. CVIII. nr. 5.

sie also auch von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit ihrer Streitsache aufrichtig belehren, und sich überhaupt hüten, daß er keine offenbar ungerichte Sache zu vertheidigen übernimmt, oder sich sonst als ein Werkzeug der Bosheit, der Chikane, oder anderer dergleichen unerlaubter Kunstgriffe gebrauchen läßt ¹¹⁾. Er muß nicht minder aller Schmä- hungen, sowohl wider den Richter, als die Gegenparthey, oder deren Fürsprecher, sich enthalten ¹²⁾. Bringt es ja die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Sache mit sich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen, so muß es jederzeit mit möglichster Schonung, und in gemäßigten Ausdrücken geschehen. Insonderheit aber verbindet die gewissenhafte Redlichkeit den Advocaten, von den zu seiner Kenntniß gelangten Geheimnissen seines Clienten nichts zu verrathen, noch sonst einen üblen Gebrauch davon zu machen, vielmehr darüber die unverbrüchlichste Verschwiegenheit zu beobachten. Handelt ein Advocat gegen diese Pflichten, so kann er, auffer dem Ersatz des verursachten Schadens, auch noch mit einer willkührlichen Geld-, oder Gefängnißstrafe, oder mit Suspension oder gänzlicher Entsetzung von der Praxis, oder mit noch empfindlichern Strafen belegt werden ¹³⁾, besonders wenn er sich einer Prävarication schuldig macht ¹⁴⁾.

§. 368.

11) L. 6. §. 3. et 4. C. h. t. L. 13. §. 9. L. 14. §. 1. Cod. de iudic. Conf. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1019. und STARK Diss. de conscientia advocati.

12) L. 6. §. 1. C. h. t.

13) Von den Pflichten der Advocaten handelt sehr ausführlich Elaprotz im Proceß §. 74. folg. und Joh. Feinr. Kirchhof in der Abhandl. von den Advocaten und ihren Pflichten. Bützow 1768. 8.

14) S. v. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 433.

§. 368.

Von dem Irrthume des Advocaten und dessen Verbesserung.

Begeht der Advocat einen Irrthum, so ist ein Unterschied zu machen, ob er in Ansehung des Rechts oder in Ansehung factischer Umstände geirrt hat. Im ersten Falle muß zwar der Richter einen solchen Irrthum von Amteswegen verbessern, insofern er bloß das gemeine Recht betrifft ¹⁵⁾; hat jedoch der Richter dieses unterlassen, und aus gleicher Unwissenheit des Rechts ein widriges Urtheil gesprochen, so kann nur durch den Weg der Appellation der Irrthum verbessert werden ¹⁶⁾. Hat hingegen der Advocat in Ansehung factischer Umstände geirrt, so hat er solchen entweder in Gegenwart seines Clienten beym mündlichen Vortrag der Sache, oder in einem von diesem unterschriebenen Exhibitum, oder er hat den Irrthum in Abwesenheit seines Clienten begangen. In dem letztern Falle kann der Irrthum zu aller Zeit, auch selbst noch nach dem Beschlusse der Sache, widerrufen werden, so lange nämlich noch kein rechtskräftiges Erkenntniß im Wege steht ¹⁷⁾;
nur

15) *L. un. Cod. ut, quae desint advocatis partium, iudex suppleat.* Sollte der Irrthum nur in Ansehung eines besondern Rechts oder einer besondern Bestreyung begangen worden seyn, so ist der Richter solchen zu verbessern weder schuldig noch befugt. *S. I. H. BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 32. §. 48. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 14. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processus §. 44. S. 127.*

16) *S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 4. pag. 1022.*

17) *L. 7. Cod. de iuris et facti ignor. Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet; nam causa decisa velamento tali*
non

nur muß freylich der begangene Irrthum erwiesen werden ¹⁸⁾. In dem ersten und andern Fall hingegen muß der Irrthum sogleich, oder längstens binnen drey Tagen von dem Elenten widerrufen werden ¹⁹⁾. Denn was der Advocat in Gegen-

non instauratur. *LEYER* in *Meditat. ad Pandect. Specim. XLVIII. medit. 6.* und *Elaproyh §. 77. Not. b. Danz a. a. O. §. 44. S. 127. folg.*

18) *L. 2. C. de errore advocator. Error*es eorum, qui desideria, i. e. preces scribunt, veritati praeiudicium asserre non posse, manifestum est. Et ideo, si condemnationem, cuius mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare poteris, non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit. *S. Strubens* rechtliche Bedenken 1. Th. *Wed. 136 de cocceji in iure civ. controv. Lib. III. Tit. 3. Qu. 14. u. WALCH* *Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. 2. §. 21.*

19) *L. 3. C. de errore advoc.* Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, ut *advocatorum error litigatoribus non noceat*, tibi etiam optulari possunt: cum te praesente, neque causae palam ex continenti, id est, triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponas. Ich bemerke hier, daß mehrere Rechtsgelehrte die Worte: *id est, triduo proximo*, für einen unächten Zusatz halten wollen. Man sehe vorzüglich *Iac. GOTHOFREDUS* in *Comment. ad L. un. Cod. Theodos. de errorib. advocator. Tom. I. p. 165. (edit. Ritterian.)* und *Ant. SCHULTING* in *Diss. de recusatione iudicis. Cap. XII. §. 1.* So viel ist gewiß, daß sie in den *Basilicis Lib. VIII. Tit. I. nr. 48.* nicht befindlich sind. Allein *THALELAEUS* hat sie in seinem Scholio ad *L. 3. cit. mo es* bey *RUHNKENIUS* (*Tom. III. Thesauri Meermann. pag. 43.*) heißt: Οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομοθέτηται, ἢ τῶν συνηγόρων πλάνη Glück's Erläut. d. Pand. 5. Th. 5 τοὺς

genwart des Klienten vorträgt, wird eben so angesehen, als
ob.

τοὺς τὰς δικαζομένους μὴ βλάπτει, τὰτο σοι βοηθῆσαι δύναται, ἐπὶτε σαυτὴν παρῆσαν τῇ δίκῃ ἔτε φανερώς ἐκ τῆ παταχρῆμα, τετέσιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν, ἀντειπεῖν, ἔτε μετὰ την ἀπόφασιν τῇ τῆς ἐκκλητῆς βοηθεία, δι ἀπαρεσκευοι ἡ ἀπόφασις, χρησαμένην, θεματίζεις, i. e. Neque enim, quod constitutum est, advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio esse potest; cum te praesentem causae nec palam *ex continenti*, id est, *intra triduum*, contradixisse, neque post sententiam provocationis remedio, si tibi sententia displiceret, usam esse proponas. Die Praxis nimmt sie ebenfalls als ächt an. S. WERNER T. II. P. VIII. Observat. 363. nr. 4. und Mettelsblatts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 111. und zwar rechnet man das *Triduum* von dem Moment an, da der Irrthum begangen worden ist. S. LEYSEN Specim XLVIII. medit. 7. Man will übrigens behaupten, daß wenn der begangene Irrthum noch binnen den nächsten drey Tagen widerrufen werde, er keines weitern Beweises bedürfe. Nach Brunnermanns Zeugniß in Commentar. ad L. 3. Cod. cit. nr. 1. ist dieß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten. Allein dieser ist die L. 2. C. *eodem* offenbar entgegen, wie auch Siegf. Caes. ab AEMINGA in Diss. de revocatione erroris ab avvocato commissi. Gryphisw. 1776. §. 20. bemerkt hat. Uebrigens ist merkwürdig, daß die griechischen Interpreten die Worte *ex continenti* von der ganzen Zeit verstehen, da noch kein Urtheil in der Sache erfolgt ist. Neque absurdi quid dici potest; sagt THALELAEUS a. a. O. pag. 44. nach der Uebersetzung des RUMKENIUS, si verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digestorum parte de Pactis didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba *EX CONTINENTI*, specialiter in Constitutione adiecta, capias pro toto usque ad sententiam tempus.

ob es der Client selbst vorgetragen hätte ²⁰). Ist die Revocation innerhalb jener Zeit nicht geschehen, und es erfolgte ein widriges Erkenntniß, so muß das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, und auf diese Art der begangene Irrthum verbessert werden. Denn durch die Appellation wird die Sache wieder in den Zustand zurück versetzt, in welchem sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war ²¹).

§. 369.

Von der Belohnung des Advocaten.

Obgleich den Advocaten ehemals bey den Römern vermöge des Cincischen Gesetzes nicht erlaubt war, von den Clienten für ihre Mühwaltung eine Belohnung anzunehmen ²²), so daß sogar nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Augustus die Strafe des vierfachen Erfasses statt haben sollte, wenn ein Advocat jenem Gesetz zuwider ein Honorarium angenommen hätte ²³); so war doch das Cincische Gesetz unter den nachfolgenden Despoten nach

§ 2

und

20) L. 1. C. cod. Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis litium dominis proferantur. Man vergleiche hier noch MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. V. Fasc. I. Obs. 751.

21) Elaprotz S. 331. folg. und besonders MÜLLER ad Struvium Exercit. VII. Thes. 12. Not. β.

22) Das Cincische Gesetz hat den Tribun Marcus Cincius Alimentus zum Urheber, und ist im Jahr der Erbauung Roms 549 gegeben worden. Es verordnete: *ne quis ob causam orandam donum munusve caperet*. Man sehe davon Frid. BRUMMERI Commentar. ad Legem Cinciam. (in Opusc. a Ge. BEYERO edit. Lipsiae 1716. 8. Nr. I.)

23) DIO CASSIUS Lib. LIV. pag. 533.

und nach der Gestalt ausser Gebrauch gekommen, daß Kaiser Claudius, so sehr auch der Senat für die Wiederherstellung desselben stritte, dennoch der Zudringlichkeit der Advocaten nachgeben mußte ²⁴). Er erlaubte ihnen daher Honorarien zu nehmen, und suchte nur ihrer Habsucht dadurch Schranken zu setzen, daß er denselben bey Strafe der Legis Iuliae repetundarum über 10000 Sesterzien für die Führung eines Processus zur Belohnung anzunehmen verbot ²⁵). Nun erreichte zwar der Senat in der Folge unter dem Kr. Nero doch noch seine Absicht ²⁶), aber die wiederhergestellte Gültigkeit des Cincischen Gesetzes war von keiner langen Dauer ²⁷). Soll man den Nachrichten des Suetonius ²⁸) glauben, so war es Kr. Nero selbst, welcher schon wieder verordnete; ut litigatores pro patrocinio certam iustamque mercedem darent. Soviel ist wenigstens gewiß, daß Kr. Trajan das Edict des K. Claudius aufs neue bestätigt hat ²⁹). Zwar wollte er auch, daß den Advocaten das verdiente Honorarium eher nicht, als nach geendigtem Proceß,

24) Die Debatten zwischen dem designirten Consul Silius, und der Advocatenparthey Silius, Cossutianus und Consorten erzählt TACITUS *Annal.* Lib. XI. cap. 5.

25) TACITUS a. a. O. — Haec ita haud frustra dicta Princeps ratus, capiendis pecuniis posuit modum usque ad dena sestertia, quae egressi, repetundarum tenerentur. S. Io. Christ. FRANCKII Commentar. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. Viteb. 1770. Cap. 8.

26) TACITUS *Annal.* Lib. XIII. cap. 4.

27) S. Io. Aug. BACHII Trajanus. (Lipsiae 1747. 8.) pag 93.

28) In vita Neronis cap. 17.

29) PLINIUS Lib. V. Epist. 14. BACH e. l. pag. 39. seqq.

eeß, gegeben werden sollte³⁰⁾; es scheint jedoch diese Einschränkung bald wieder in Vergessenheit gerathen zu seyn. Denn mehrere Stellen in den Pandecten³¹⁾ überzeugen uns, daß die Pränumeration bey den Belohnungen der Advocaten weder ungewöhnlich, noch unzulässig gewesen seyn müsse. Dagegen blieb das Maximum, was nicht überschritten werden durfte, soviel man wenigstens aus den Gesetzen der Pandecten sieht, unverändert³²⁾. Nach dem neuern Römischen und heutigen Rechte kann also ein Ad-

§ 3 vocat

30) PLINIUS Lib. V. Epist. 21. — Hoc (sc. Senatusconsulto ad Orationem Trajani condito) omnes, qui quid negotii haberent, jurare prius, quam agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promississe, cavisse. — Peractis tamen negotiis, mittebantur pecuniam duntaxat decem millium dare.

31) L. 38. §. 1. D. Locati. L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. L. ult. C. de condict. ob caus. dator.

32) L. 1. §. 10. D. de extraord. cognit. In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat; dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur. Ita enim rescripto Imperatoris nostri, et Patris eius continetur: Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est: eam duntaxat pecuniam, QUAE MODUM LEGITIMUM EGRESSA EST, repetere debet. Diesen modum legitimum honorarii bestimmt hernach Ulpian §. 12. Lit. 1. cit. noch genauer, wenn er sagt: LICITA autem QUANTITAS intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos. Nun aber betragen centum aurei eben so viel als 10000 Sesterzien, wie BRUNNER cit. Commentar, ad L. Cinciam Cap. VI. n. 11. seqq. pag. 74. gezeigt hat.

vocat unstreiftig für seine Bemühung ein billiges Honorarium fordern ³³⁾. Es ist auch kein Unterschied, ob er den Proceß gewonnen oder verlohren hat ³⁴⁾, wenn nur nicht die Schuld an ihm lag, daß der Proceß verloren gieng ³⁵⁾. Sogar in seiner eigenen Sache ist ein Advocat, wenn sein Gegner in die Kosten verurtheilt worden, ohne allen Zweifel befugt, außer seinen baaren Auslagen, eine Vergütung seiner gehaltenen Mühe, Arbeit und Versäumniß, so hoch solche nach richterlichem Ermessen bestimmt wird, zu verlangen ³⁶⁾. Denn die Erstattung der Proceßkosten ist eine poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterscheiden, ob der Advocat seine eigene, oder eine fremde Sache führt, anwendbar ist. Es würde wenigstens sehr unbillig seyn, wenn der Gegner blos wegen des zufälligen Umstandes, daß der Advocat sich selbst gedient hat, jener wohl verdienten Strafe entgehen könnte, und dem Advocaten die ihm

33) *L. 3. Cod. h. t. L. 1. §. 10. et 12. D. de extraord. cognition.*

34) *Arg. L. 10. §. 1. D. de negot. gest. BRUMMER cit. Commentar. Cap. XI. nr. 4. pag. 168. Nettelblatts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 113.*

35) *Io. God. KRAVIER Diss. de eo quod iustum est circa salaria et honoraria advocatorum. Vitemb. 1727. §. 34.*

36) *VOET ad h. Tit. §. 7. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 31. besonders Io. Sebast. OHEIM Diss. de salario advocati in propria causa vincentis. Erf. 1711. und Joh. Christ. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. VI. Man sehe auch WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 27.*

ihm durch den unbefonnenen Proceß verursachte Arbeit und Versäumniß nicht vergelten dürfte ³⁷⁾.

§. 370.

Von der GröÙe des Honorariums und der mancherley Bestimmung der Advocatengebühren.

Die Belohnung des Advocaten ist nun entweder durch Vertrag festgesetzt, oder nicht. In dem letztern Falle liquidirt der Advocat seine Gebühren, und der Richter ermäßigt sie nach der vorhandenen Taxe und Proceßordnung, oder nach seinem billigen Ermessen; wobei noch zu bemerken ist, daß auch pro informatione, besonders wenn der Unterricht von der Sache beschwerlich gewesen, desgleichen für die Einsicht und Lesung der vorhergehenden Acten angemessene Belohnung gut gehen werden ³⁸⁾. Ist hingegen dem Advocaten eine Belohnung überhaupt für die Führung des Processes versprochen worden, so muß sie demselben gegeben werden, sofern der Vertrag nicht dem Verbote eines Gesetzes zuwider ist. Ein solcher unerlaubter Vertrag ist

§ 4

das

37) Die Cautel, welche einige Rechtsgelehrten, z. B. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. Tit. VIII. Th. 3. Not. 6. WERNER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 279. nr. 4. und KRAUSE cit. Diss. §. 40. geben, daß ein Advocat in seiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigstens die gerichtlichen Eingaben von einem andern Sachwalter unterschreiben lassen möge, ist ganz unnöthig, so wenig es auch eines Beweises bedarf, daß er durch gerichtliche Verweibung seiner eigenen Angelegenheiten Versäumniß und Schaden gelitten habe. S. Quistorp a. a. O. Nr. VI. S. 71.

38) S. Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78.

das *pactum de quota litis*, wodurch sich der Advocat einen Theil von dem, was sein Client durch den Proceß gewinnen wird, statt seiner Gebühren versprechen läßt³⁹⁾. Die Gesetze sehen einen solchen Vertrag als eine schändliche Veraubung des Klienten an, und wollen, daß ein Advocat, der ein solches schmutziges Gewerbe treibt, von der Praxis gänzlich entsezt werden solle⁴⁰⁾. Unerlaubt ist ferner der Vertrag, wodurch dem Advocaten, vor geendigtem Rechtsstreite, auf den Fall, wenn solcher gewonnen würde, außer seinen Gebühren, noch ein gewisser Vortheil (*Palmarium*) ver-

39) L. 53. *D. de pactis*. L. 1. §. 12. *D. de extraord. cognit.* L. 5. *C. de postul. Iac. WOLFF* Diss. de pacto quotae litis *Altorfii* 1677. *Corn. van EX* Diss. de quota litis. *Ultrajecti* 1698. *Ant. SCHULTING* in *Enarrat. part. 1. Digestor. h. t.* §. 15. und *Herm. CANNegieter* *Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. pag. 177. seqq.*

40) L. 5. *C. h. t.* Vergleiche auch L. 1. *C. Theod. h. t.* und *Iac. GOTHOFREDUS* in *Comm. ad eand. L. Tom. I. pag. 159.* Zwar glaubt *Io. WUNDERLICH* in *Comment. de L. Volusio Maeciano ICto, itemque de SCto Volusiano.* (*Hamburgi* 1749. 4.) *Sect. III. §. 10.* daß ein solcher Advocat, welcher mit seinem Klienten, Gewinnstes halber, den Vertrag gemacht, daßjenige, was durch den Proceß gewonnen werden würde, unter sich zu theilen, vermöge des *SCti Volusiani* auch in die Strafe der *Legis Iuliae de vi privata* verfallen sey, und beruft sich auf die L. 6. §. *D. ad L. Iul. de vi privata.* Allein die Worte dieses Gesetzes: *Qui improbe coeunt in alienam litem*, können auch süßlich von solchen verstanden werden, welche gleichsam mit einander in Gesellschaft treten, um andere Leute durch Prozesse zu schikaniren, und den Gewinnst zu theilen, wie Bach in der unpartheyischen Critic über juristische Schriften 1. Band S. 96. und folg. gezeigt hat.

versichert wird ⁴¹⁾). Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten ⁴²⁾), welche der Meinung sind, daß dem Advocaten ein palmarium auf eine gültige Art versprochen werden könne, wenn nur kein gewisser Theil des streitigen Objectes versprochen worden. Allein es stehen dieser Meinung nicht nur ganz deutliche Gesetze ⁴³⁾ entgegen, sondern es widerlegt sich dieselbe auch schon dadurch von selbst, wenn man erwägt, daß es ja im Grunde für einerley zu halten ist, ob ich mir auf den Fall, da der Proceß gewonnen wird, einen Theil

§ 5

des

41) VORT ad h. tit. §. 18. LAUTERBACH Diss. de palmario advocatorum. (Tubingae 1671) §. 25. seqq. ADR. STEGER Diss. de palmario advocatis promisso: (præc. Frid. Alexand. KÜHNHOLD Lipsiae 1725. def. §. 9. de COCCERJ in Iure civ. controuv. h. t. Qu. 8. KRAUSE Diss. cit. de eo quod iustum est circ. salar. et honor. advocator. §. 32. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 104. Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 113. NELLER cit. Diss. de postulando Sect. V. §. 3. Not. ****. Weber in der systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 7. S. 262. und besonders de ULMENSTEIN in Opusculis iurid. (Hannov. 1781. 8.) Nr. V. pag. 155. seqq.

42) GAIL Lib. I. Obs. 44. nr. 2. BERLICH P. I. Conclus. IX. nr. 76. u. 77. und Christ. Frid. Imm. SCHORCH in Diss. de palmario advocatorum iure licito, eiusque a p.cto de quota litis iure illicito differentiis (in eius Opuscul. varii argum. Erfordiae 1792. 8. Nr. 3.)

43) L. 7. D. mandati. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. L. 6. §. 2. Cod. de postul. Da diese Gesetze einen solchen Vertrag verbieten, so kann er auch nicht einmal nach canonischen Rechten durch einen hinzugekommenen Eid gültig werden. S. LAUTERBACH Diss. de palmario advocator. Th. 36. KRAUSE cit. Diss. §. 33.

des Erstrittenen, oder sonst ein Geschenk versprechen lasse. Es würde daher das gesetzliche Verbot, de quota litis zu pascifceiten, durch das Versprechen eines palmarii nach Gefallen vereitelt werden können. Nicht zu gedenken, daß es einem habgüchtigen Advocaten ein geringes seyn würde, seinen Klienten durch Concussion und falsche Vorspiegelung von der mißlichen Lage des Rechtsstreits zu einem solchen Versprechen zu bewegen; es ist daher immer zu vermuthen, daß dergleichen Versprechen nicht aus freiem Willen, sondern aus Furcht geschehen sey ⁴⁴⁾. Dahingegen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Advocaten, nach geendigtem Rechtsstreite, wegen des erfochtenen Sieges, ein palmarium, außer seinen Gebühren, gültig versprochen werden könne ⁴⁵⁾.

§. 371.

Was ist noch insonderheit in Ansehung eines versprochenen Honorariums oder Salariums bey Advocaten und deren Erben Rechtsens?

Dem Advocaten ist nun entweder eine jährliche Besoldung ausgesetzt, oder es ist ihm eine gewisse Summe überhaupt für die Führung des ganzen Processus zur Belohnung versprochen worden. In dem letztern Falle kann eigentlich erst nach Beendigung der Sache die versprochene Belohnung gefordert werden; es wäre denn, daß durch die eigene Schuld des

44) G. Io. Ge. CRAMER Diss. de concussionibus advocatorum. Lipsiae 1729. §. 11.

45) L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. Si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine PALMARII cautum sit. G. LAUTREACH cit. Diss. Th. 25. KRAUSE cit. Diss. §. 30. ROSSER cit. Diss. §. 8. pag. 28.

des Klienten die Sache unentschieden geblieben seyn sollte ⁴⁶⁾. Es ist daher außer Zweifel, daß das versprochene Honorarium dem Advocaten auch dann gebühre, wenn gleich der Proceß durch Vergleich ist beigelegt worden ⁴⁷⁾. Stirbt der Advocat, ehe der Proceß beendet ist, so kann zwar die schon vorausgegebene Belohnung nicht wieder zurückgefordert werden ⁴⁸⁾, war hingegen das Honorarium noch nicht bezahlt, so gebührt es eigentlich den Erben nur in so weit, als es mit den geleisteten Diensten des verstorbenen Advocaten im Verhältniß steht ⁴⁹⁾. Wenn eine jährliche Besoldung, statt der Belohnung, ausgesetzt worden, so kann zwar diese von dem Advocaten gefordert werden, wenn gleich die in dem verflossenen Jahre von ihm geleisteten Dienste mit der Besoldung in keinem Verhältniß stehen sollten ⁵⁰⁾. Ob aber auch die Erben solche ganz verlangen können, wenn ihr Erblasser vor dem Ablauf des Jahres verstorben ist? ist

46) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processus §. 44. C. 122.

47) LAUTERBACH cit. Diss. Tb. 47. ROßEL cit. Diss. §. 8. pag. 26.

48) L. 1. §. 13. D. de extr. cognit. DIVUS SEVERUS ad heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti; quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. C. dierf. Commentars 4. Th. C. 375. Not. 36.

49) IAN. a COSTA Praelection. ad illustriores quousd. titulos locaque select. iuris civ. pag. 4. und Danz in den angef. Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processus §. 44. Not. i. C. 122. Anderer Meinung ist jedoch KRAUSE cit. Diss. §. 17 — 19.

50) CARPZOV in Respons. Lib. III. Tit. I. Resp. 2. Burch. HARDIL Diss. de Salaris. Cap. V. Tb. 19.

ist eine Frage, welche von einigen ⁵¹⁾ bejahet, von andern ⁵²⁾ hingegen verneinet wird. Ist die Rede von fiskalischen Advocaten, so ist es ganz entschieden, daß den Erben derselben das ganze Salarium des Sterbejahrs gebührt ⁵³⁾. Wenn man aber eben dieses auch auf die Erben anderer Advocaten anwenden will, so scheint man nicht erwogen zu haben, daß es zu den Privilegien der römischen Fiskale gehörte, daß sie den ganzen Gehalt des Sterbejahrs auf ihre Erben transmittirten ⁵⁴⁾, dergleichen Vorrecht anderen Advocaten nirgends mitgetheilt ist, und auch auf andere nicht

er.

51) VORT in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. BARDILI Diss. de Salaris. Cap. IX. §. 44. GAILL Observat. practicar. Lib. I. Cap. 44. nr. 12. Iac. GOTHOFREDUS de Salario. Cap. VI. §. 22. de COCCEJI in iure civ. controuv. h. t. Qu. 9. 10. Ortw. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 47. u. a. m.

52) Iust. Henn. BOEHMER Diss. de anno deservito seu salario promerito. Cap. II. §. 17. seqq. SCHAUMBURG in Comp. iuris Digestor. h. t. §. 11. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Wbd. 122. Elaprosch in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78. S. 333. Dantz in den angef. Grundsätzen §. 44. Not. m. S. 122. ZEMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. not. e. pag. 288. u. a. m.

53) L. 15. §. 1. C. de advocat. div. iudicior. Man zweifelt, ob von diesem Privilegium noch h. z. T. Gebrauch zu machen sey, weil es mit den römischen Fiskalen eine andere Beschaffenheit hatte, als mit unsern heutigen; und behauptet daher nicht ohne Grund, daß es in Ansehung derselben h. z. T. eben so zu halten sey, wie mit der Besoldung der übrigen besoldeten Dienerschaft. S. VORT h. t. §. 8. BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 37. Dantz a. a. O. Not. l. S. 122.

54) WISENBACH in Commentat. in Cod. Lib. II. Tit. VII. §. fin. pag. 90.

erstreckt werden darf, weil Privilegien keine ausdehnende Erklärung zulassen. Die *advocati fisci* genossen mehrere besondere Rechte, um sie dadurch aufzumuntern, das Beste des Fiskus desto eifriger wahrzunehmen⁵⁵⁾. Es läßt sich auch nicht füglich von jenem Falle, da dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt worden, auf den gegenwärtigen schließen, wo von einem ausgefetzten jährlichen Gehalt die Rede ist. Denn bey der Pränumeration des *Honorariums* liegt gleichsam eine *conventio spei* zum Grunde. Der Advocat läßt sich damit abfinden, die Führung des Processus sey mehr oder weniger mühsam, welches nicht immer vorauszusehen ist. Der Client hingegen, der dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt, giebt dadurch zu erkennen, daß er die Gefahr übernehmen wolle, darum zu kommen, wenn der Advocat durch Zufall gehindert würde, es zu verdienen⁵⁶⁾. Allein ein solcher außerordentlicher Vertrag ist nicht zu vermuthen, wenn dem Advocaten ein jährliches *Salarium* ausgesetzt ist, denn dieß versteht sich immer unter der Bedingung, wenn der Advocat die dafür versprochenen Dienste leisten wird. Stirbt er nun vor dem Ende des Jahres, so kann er auch von dem *Salarium* des letztern Jahrs nicht mehr auf seine Erben transmittiren, als er *pro rata anni* davon verdient hat⁵⁷⁾.

Die.

55) S. LEYSER in *Meditat. ad Pandect. Specim. XLIX. med. 13.*

56) Es läßt sich also wohl kein bündiges Argument aus der *L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit.* für die entgegengesetzte Meinung hernehmen, wie BORMANN in *cit. Diss. Cap. II. §. 26.* sehr gründlich gezeigt hat, zumal da es ohnedem bekannt ist, *quod facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio.* *L. 2. C. de fideicom. L. 4. Cod. de Usuris.*

57) *Cum tam labor, quam pecunia, divisionem recipiant,* sagt *L. 10. pr. D. de ann. legat.*

Diese Regel findet überhaupt bey allen besoldeten Dienern statt ⁵⁸⁾, und die Geseze haben nur aus besonderer Begünstigung in Ansehung der fiskalischen Advocaten eine Ausnahme davon gemacht.

§. 372.

Von den Mitteln, welche einem Advocaten wegen der Bezahlung des Honorariums zustehen.

Da ein Advocat auf die Belohnung für seine Mühwaltung ein begründetes Recht hat, so kann er, um solche zu erhalten, sich nicht nur einer gerichtlichen Imploration bedienen, sondern er ist auch befugt, die ihm von seinem Klienten anvertrauten Urkunden, und Manualacten so lange zurück zu behalten, bis er in Ansehung seiner Gebühren befriediget worden ist ⁵⁹⁾. Steht er sich gendüßiget, gerichtet.

58) *Officium enim quodvis*, sagt BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 23. *ipso iure per mortem expirat, nec in heredes transit, adeoque nulla iuris ratio patitur, ut heredes emolumenta, officio extincto cohaerentia, percipiant.* L. 14. C. de erogat. militar. annonae.

59) L. 25. in fin. L. 26. D. de procurator. Einige Rechtsgelehrten wollen zwar dieses Zurückhaltungsrecht nur auf die Manualacten einschränken, welche bekanntermaßen als ein Eigenthum des Klienten angesehen werden; eine Retention der anvertrauten Documente hingegen wollen sie dem Advocaten darum nicht gestatten, weil solche als ein Depositum anzusehen wären, bey welchem bekannten Rechten nach kein Retentionsrecht statt finde. L. 11. Cod. deposit. Man sehe VOET h. t. §. 6. II. NEILSEN in Diss. cit. Sect. V. in Supplem. quaestion. ad §. 6. pag. 219. Allein weder die oben angeführten Geseze noch die Praxis erkennen diesen Unterschied an, es ist auch bekannt genug, daß man h. z. T. selbst bey'm Depositum ein Zurückbehaltungsrecht zuläßt, wenn die Gegenforderung des Depositors durch

richterliche Hülfe anzurufen, so kann die Imploration, (denn einer förmlichen Klage bedarf es nicht) sogleich bey dem nämlichen Richter angebracht werden, bey welchem er seinem Clienten gedient hat ⁶⁰). Dieses Gesuch wird entweder als ein Incidentpunct angebracht, wenn der Proceß noch nicht beendigt ist, oder es wird als eine eigene mit dem Proceß zusammenhängende Sache verhandelt, worauf sodann der Richter durch einen an den Clienten erlassenen Zahlungsbefehl executivisch dem Advocaten zu seiner Belohnung verhilft ⁶¹). Uebrigens ist den Advocaten wegen einer solchen Forderung in den Gesetzen weder eine Hypothec, noch ein anderes Vorzugsrecht mitgetheilt worden ⁶²); ob man sie gleich, wenn der Client in Concurs verfällt, der Billigkeit

durch das Depositum selbst entstanden ist. Nur in *causis publicis*, und wo das Staatsinteresse die Herausgabe der Documente und Acten nothwendig erfordert, wird dem Advocaten kein Retentionsrecht gestattet. S. WERNHER *Observat. for.* T. II. P. VIII. *Observat.* 98. BARDILI *Diss. de Salaris Cap. VIII.* §. 38. p. 43. KRAUSE *Diss. cit. de eo, quod iust. est circa salar. et honorar. advocator.* §. 45. und besonders Is. FRID. TROPPANNEGER *Diss. de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente. Lipsiae 1740.*

60) MEVIUS P. I. *Decis.* 234. KRAUSE *cit. Diss.* §. 46.

61) L. 13. §. 9. *in fin. Cod. de iudic. Cap. 2. de Rescript. in 6to.* BARDILI *cit. Diss. Cap. VIII.* §. 41. zur Erläuterung der angeführten L. 13. §. 9. ist BRUMMER in *Comment. ad L. Cinciam. Cap. X. nr. 11. seqq. pag. 147.* nachzusehen.

62) LAUTERBACH in *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 30.* a RUFENDORFF *Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 71.* VOET h. t. §. 6. BARDILI *cit. Diss. Cap. VIII.* §. 40. pag. 45. STARK *Diss. de privilegiis advocator. Cap. III. §. 6. in fin.* Christ. Gottl. Smellins *Ordnung der Gläubiger Kap. 2. §. I. S. 79.*

keit wegen in der Praxis gewöhnlich in die vierte Klasse zu setzen pflegt⁶³⁾).

§. 373.

Armenrecht.

Arme haben bey Processen das besondere Recht, daß ihnen ein Advocat von richterlichen Amtswegen bestellt wird, welcher ihnen unentgeltlich dienen muß, wo nicht etwa nach der besondern Verfassung eines Landes schon ein eigener Armenadvocat vom Staate selbst angestellt ist. Arme werden aber diejenigen genannt, die nicht so viel im Vermögen haben, daß sie nach Abzug ihres nöthigen Lebensunterhalts die Kosten des Processes bestreiten können⁶⁴⁾. Wer zu diesem Armenrecht zugelassen werden will, muß durch glaubhafte Zeugnisse seine Armuth hinreichend bescheinigen, und den Armeneld schwören, welcher theils eine Bestätigung der wirklichen Armuth, theils das Versprechen in sich enthält, daß wenn er dereinst zu besserem Vermögen kommen würde, er alsdann noch alles nach Gebühr gern bezahlen wolle⁶⁵⁾.

63) S. RICHTER Tr. de iure et privilegio creditor. Cap. V. nr. 36. BRUNNEMANN in Process. concurs. creditor. Cap. V. §. 64. MEVIUS ad ius Lubicense P. III. Tit. I. Art. XI. nr. 69. Ludovici Einleitung in den Concursproceß. Kap. 20. §. 61. Estors teutsche Rechtegelehrsamkeit Th. 2. S. 810. a LEYER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVII. medit 7. Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processen §. 417. Danz in den Grundsätzen des ord. bürgerl. Processen §. 44. S. 123. und besonders Franc. Iust. KORTHOIT Diss. de iure salarii advocatorum in concursu creditorum. Giessae 1770.

64) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 2342. Danz Grundf. §. 40. S. 109. folg.

65) S. Concept der R. Kammergerichts - Ordnung 1. Th. Tit. 96. und Estor a. a. O. §. 2345 — 2348.

De his, qui notantur infamia.

§. 374.

Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen. Begriff von Ehre, bürgerlicher Ehre, und Ehrlosigkeit.

Die Abhandlung der Lehre von der Ehrlosigkeit gehört eigentlich in das Personenrecht. Denn daß ein Mensch die Rechte der bürgerlichen Ehre im Staate genießt, oder derselben verlustig erklärt worden ist, betrifft seinen Zustand. Die Erscheinung dieses Titels an einem so unschicklichen Orte ist daher ein Räthsel, welches man freylich nicht anders zu erklären weiß, als daß Ehrlose für andere vor Gericht nicht postuliren können. Dies brachte wahrscheinlich die Verfasser unserer Pandecten auf die Gedanken, diese Lehre mit dem Titel *de postulando* zu verbinden ⁶⁶⁾. Um nun den Begriff von Ehrlosigkeit richtig

66) Unter den Schriften über diese Materie verdienen folgende bemerkt zu werden: *Christ. THOMASII* Diss. *de exultimatione fama et infamia extra rempublicam*. Halae 1734. *Henr. BODINI* Diss. *de iure circa infamiam*. Halae 1710. *Io. Pet. BUCHER* Diss. I. et II. *de notione et effectu infamiae*. Steinfurth 1766. *Io. Henr. Christ. de SÄLCHOW* Diss. *continens selecta capita doctrinae de infamia*. Goett. 1770. *Henr. Valent. BECKER* Diss. *de dignitate, honore et exultimatione*. Rostochii 1789. In Ansehung des teutschen Rechts sind noch insbesondere zu bemerken: *Phil. Lud. NURN* Specim. iur. germ. *de his, qui notantur infamia*. Altdorf 1723. *Hektor Wilhelm von GÜNDERSRODE* über die bürgerliche Ehre bey den Teutschen, in *Des Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.*

richtig bestimmen zu können, muß man zuerst wissen, was bürgerliche Ehre heißt. Das gleichstimmige Urtheil des Publikums von den moralischen Eigenschaften einer Person, nennt man Ruf, Gerücht, Name, Credit, (*fama, existimatio*). Dieses gründet sich nun entweder auf sittliche Vollkommenheiten, oder auf sittliche Unvollkommenheiten eines Menschen. Im erstern Falle nennt man ein solches günstiges Urtheil der Menschen über unsere moralische Vollkommenheiten, einen guten Ruf, einen guten Namen (*bona fama, integra existimatio*); dahingegen wird das ungünstige Urtheil des Publikums über unsere moralische Unvollkommenheiten, ein übler Ruf, ein schlechter Name (*mala fama*) genennt. Zu einem guten Namen werden nun dreyerley Eigenschaften erfordert:

1) eheliche Geburt. Denn nach teutschen Sitten klebt den unehelichen Kindern ein Schandfleck an, der sie in der bürgerlichen Gesellschaft anrüchtig, und zu dem Genuß mancher bürgerlichen Rechte unfähig macht.

2) Rechtmäßigkeit unserer Handlungen, und zwar müssen unsere Handlungen nicht nur gerecht seyn, d. i. nicht vollkommene Pflichten gegen andere verletzen, sondern sie müssen auch ehrbar und anständig seyn, d. i. nicht wider den Wohlstand und die guten Sitten streiten. Daher schadet ein Mensch, der sich dem Trunke ergiebt, seinem guten Namen. Endlich

3) ehr

selben von D. Posselt herausgegebenen Werken 2. Band S. 187. ff. und Wilh. Aug. Fried. Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band. S. 59. ff.

3) ehrliche Handthierung, und unverwerfliche Lebensart. Daher sind Schänder, und Abdecker, Landstreicher und Vagabonden, herumirrende Blugener, Marktschreier, Gauckler, Marionettenspieler, Bärenführer u. d. m. verachtete und onrührige Leute ⁶⁷⁾.

Von dem guten Rufe und ehrlichen Namen eines Menschen hängt nun der Genuß gewisser bürgerlicher Rechte im Staate ab, deren Inbegriff die bürgerliche Ehre (*fama* s. *existimatio civilis*) genannt wird ⁶⁸⁾. Diese muß von der gemeinen Ehre eines Menschen unterschieden werden. Die gemeine Ehre begreift nämlich theils die absolute Achtung, welche jeder Mensch, als solcher, fordern kann; theils die besondere Achtung in sich, welche sich auf die einem Menschen eigne Fähigkeiten und Fertigkeiten bezieht ⁶⁹⁾. Der Unterschied besteht darin, daß die absolute Achtung unverleßlich ist, so weit nicht Jemand durch seine eigene unerlaubte Handlung den Andern nöthiget, seinem Rechte, ohne Schonung der Ehre des Andern, gemäß zu handeln. Diese kann daher auch selbst dem Ehrlosen nicht entzogen werden, sondern der Staat muß auch solche Personen beym Genuß der absoluten Achtung gegen Beleidigungen Anderer schützen ⁷⁰⁾. Auch der Ehrlose, so fern er nur nicht ganz für rechtslos erklärt ist, genießt demnach noch Sicherheit für seine Per-

§ 2

son;

67) E. Runder's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 310.

68) God. Lud. MENCKEN de fama forensi. Vitemb. 1732.

69) Kleins Grundsätze des gemeinen teutschen und preussischen peinlichen Rechts §. 208.

70) Klein in den angef. Grundsätzen §. 224.

son; niemand darf sich einen thätlichen Angriff auf seine Person erlauben, noch sich für befugt halten, ihn mit Schelt- und Schimpfreden nach Willkühr zu beleidigen ⁷¹⁾. Allein mit der besondern Achtung verhält sich die Sache anders. Diese hängt lediglich von der Meinung und dem Urtheile Anderer über uns und unsere Vollkommenheiten ab, und kann, weil einem Jeden freysteht, sein Urtheil zu rücken zu nehmen, nicht als etwas, das dem Beurtheilten eigentümlich zugehört, betrachtet werden ⁷²⁾. Denn Niemand hat das Recht, seine Nebenmenschen zu zwingen, daß sie seine wirkliche oder vermeintliche Fähigkeiten und Vollkommenheiten anerkennen, und daher so und nicht anders über ihn urtheilen sollen; und eben so wenig haben diejenigen, welche ihr Urtheil schon gefällt haben, ein Recht zu fordern, daß Andere auch dem Ihrigen beitreten sollen ⁷³⁾. Auch das größte Verdienst um das gemeine Wohl, und die vollkommenste bürgerliche Tugend dürfte an sich wohl selbst im Staate noch kein wirksames Recht auf eine vorzüglichere Achtung oder äussere Verehrung hervorbringen ⁷⁴⁾. Allein der bürgerlichen Gesetzgebung kommt es zu,

71) vort in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVII. Tit. X. §. 4. und Weber über Injurien und Schmähschriften 1. Abtheilung §. 3. S. 28.

72) Klein in den Grundf. des peinlichen Rechts §. 208.

73) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten 2. Band. S. 41. folg.

74) Mit Recht sagt daher schon ZUPPENDORF de iure naturae et gentium Lib. VIII. Cap. IV. §. 14. *Omnia existimationis intensivae fundamenta in se non producunt nisi ius imperfectum ad habendum ad aliis honorem et venerationem. Adeoque* *se*

zu, den Rang der verschiedenen Stände und Mitglieder des Staats sammt den äussern Merkmalen und Wirkungen desselben festzusetzen, und jedem diejenige Achtung zuzuschern, welche sein Stand erfordert⁷⁵⁾. Diese Achtung, wornach der Mensch im Staate den Werth hat, und dasjenige gilt, wofür er von der obersten Gewalt selbst anerkannt und geschätzt wird, ist die eigentliche bürgerliche Ehre, von welcher wir hier reden. Diese besteht also in dem vollkommenen Genuße derjenigen Rechte und Vorzüge, welche ihren Grund in der Achtung haben, die die bürgerliche Gesellschaft ihren Mitgliedern, und zwar jedem nach seinem Stande, zugesichert hat⁷⁶⁾; und ist, so wie die absolute Achtung, unverletzlich, insofern nicht Jemand durch den Staat selbst der bürgerlichen Ehre verlustig erklärt worden ist⁷⁷⁾. Der Mangel dieser bürgerlichen Ehre, und

J 3

der

eundem aliis ETIAM BENEMERITIS quis denegaverit, non potest dici, injuriam fecisse, sed duntaxat inhumanitatis, aut, si ita loqui licet, incivilitatis notam sibi contraxisse.

75) Man vergleiche hier besonders Weber über Injurien 1. Abtheil. §. 1. S. 15.

76) Hug. DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. sagt: *DIGNITATEM seu EXISTIMATIONEM CIVILEM accipere debemus eam conditionem, qua fit, ne quis habeatur indignus iis rebus, aut plerisque, quae civibus singulis, in suo cuique ordine, tribui solent: cuius generis haec sunt: in civitate esse licere; rebus communibus uti, ut communibus: fungi in ea civilibus et virilibus officiis tum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honoris ordini suo convenientes capessere.*

77) L. 5. §. 1. D. extraord. cognit: wo es heißt: *Existimatio est dignitatis illae fac status, legibus ac moribus comprobatus*

tus

der Verlust der davon abhängenden bürgerlichen Rechte wird die Ehrlosigkeit im weltläufigen Verstande genannt, und diese in die eigentliche Infamie, und in die Anrüchtheit, oder *levis notae macula* eingetheilt⁷⁸⁾. Rührt nämlich der Mangel der bürgerlichen Ehre aus überlesenen, oder sonst gemein bekannten schändlichen Handlungen her, so ist es eigentliche Infamie⁷⁹⁾. Ist aber bloß uneheliche Geburt, oder verwerfliche und schmutzige Handhierung, oder starker Verdacht eines begangenen peinlichen Verbrechens, weshalb Jemand in Special- Inquisition gerathen ist, die Ursache einer, von den Gesetzen selbst im Allgemeinen gebilligten, öffentlichen Verachtung, um welcher willen die damit behafteten Personen gleichfalls des völligen Gerusses der allgemeinen Vorrechte ehrlicher Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, so lange nicht der Flecken abgetilgt ist, entbehren müssen, so wird dieser Zustand Anrüchtheit, oder *levis notae macula* genannt. Von dieser werde ich §. 385. ausführlich handeln. Jetzt von der eigentlichen Infamie.

§. 375.

tus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

78) S. WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenburg. Fasc. I. Obl. 22. §. 1.

79) Man unterscheide von der Ehrlosigkeit die Rechtlosigkeit, worunter man den gänzlichen Verlust aller bürgerlichen Rechte versteht. Diese entsteht aus der Achtserklärung, und solche Rechtlose nannte das Mittelalter Verzeilte. Verzeilen hieß nämlich in der Sprache des Mittelalters einen seiner Ehre, Rechte und Güter verlustig erklären. S. Joh. Fried. Klossch vom Verzeilen. Dresden 1765. 8. und WOLTAER cit. loc. Not. 2. pag. 123.

§. 375.

Natürliche und bürgerliche Infamie. Erläuterung der
L. 42. D. de Verb. signif.

Die Infamie entsteht nun entweder aus solchen Handlungen, die schon das Vernunftrecht für schändlich erklärt, oder sie rührt aus solchen unerlaubten Handlungen her, worauf bloß die bürgerlichen Gesetze die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt haben. Im ersten Falle nennt sie unser Verfasser natürliche, im andern Falle hingegen bürgerliche Infamie. Es gründet sich diese Eintheilung auf die bekannte Stelle Ulpian's in der L. 42. D. de Verbor. significat. wo es heißt: *Probrum et opprobrium id est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quali more civitatis: ut puta furtum, adulterium, natura turpe est; enimvero tutelae damnari, non natura probrum est, sed more civitatis. Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum cadere.* Diese Stelle ist aus ULPIANI Lib. 57. ad Edictum genommen, wo dieser Jurist das Edict des Prätors von Injurien erläutert, welches in der L. 15. §. 2. D. de iniuriis enthalten ist ⁸⁰⁾. Da dieses Edict bloß von Verbalinjuriis und insonderheit von solchen handelt, welche in beleidigenden Vorwürfen schändlicher Handlungen bestehen ⁸¹⁾; so bestimmt Ulpian

J 4

zu vör

80) C. GOEDDEUS in Comment. ad Tit. Dig. de verbor. signif. h. L. nr 2. und CUIACIUS in Comm. ad eund. Tit. eandemque Log.

81) Es erhellet dieses besonders aus den LL. 7. 9. 11. 13. 15. u. 17. D. de iniur. welche aus dem nämlichen Lib. 57. ad Edictum genommen sind. Zwar hat die L. 15. deren §. 2. die

Wort

zuförderst die Bedeutung des Wortes *Probrum*, weil selbiges bekanntlich mehrere Bedeutungen hat ⁸²⁾. Daher sagt er: *probrum et opprobrium id est*, welches hier soviel heißt, als idem est, wie auch schon Cujaz ⁸³⁾ bemerkt hat. Eigentlich heißt zwar *Probrum* soviel als eine unerlaubte Handlung, ein Verbrechen, eine Schandthat, wie Ducker ⁸⁴⁾ aus mehrern Stellen der Klassiker erwiesen hat. *Opprobrium* hingegen bezeichnet die aus einem Verbrechen entspringende Schande. Weil es nun aber doch gleichviel ist, ob ich dem Andern ein Verbrechen vorwerfe, oder ihn für einen schändlichen Menschen halte; so konnte Ulpian in Beziehung auf das Edict des Prätors von Injurien die Worte *probrum* und *opprobrium* allerdings für gleichbedeutend nehmen ⁸⁵⁾. Hiernächst macht nun der Röm. Jurist einen Unterschied zwischen solchen unerlaubten Handlungen, die schon das Naturrecht für schändlich erkennt, und solchen, die bloß das Civilrecht für infamirend erklärt. Zu den schändlichen Handlungen der ersten Art rechnet er Dieb,

Worte des Edicts enthält, in den gemeinen Ausgaben die Ueberschrift: *ULPIANUS Lib. 77. ad Edictum*. Allein da Ulpian Lib. 57. seines Commentars *ex instituto* von Injurien gehandelt, so ist die Ueberschrift der L. 15. ohne Zweifel unrichtig, wie auch DUCHEN in *Opuscul. de latinitate Ictorum* vet. pag. 120. bemerkt hat.

82) Man sehe WALCH ad Eckhardi *Hermeneyt. iuris* Lib. I. Cap. IV. §. 145. pag. 275.

83) Lib. IX. *Observ. cap. 15* Eben dieß hat noch mit mehreren bestätigt FORNERIUS *Res. Quotidianar. Lib. III. cap. 36*.

84) *Opuscul. de latinitate vet. Ictorum. pag. 116*.

85) *C. Iul. a BATMA* Commentar. in *Tit. Dig. de Verb. Significat. (Leovardiae 1649. 8.) ad h. L. 42. pag. 71*.

Diebstahl und Ehebruch, denn diese Verbrechen lassen sich ohne einen Dolus fast nicht denken ⁸⁶⁾). Allein wenn ein Vormund sich so suspect gemacht hat, daß er seines Amtes entsetzt werden kann, so ist das kein solches Verbrechen, welches das Naturrecht für schändlich erklärt, sondern die bürgerlichen Gesetze haben nur die Ehrlosigkeit darauf gesetzt ⁸⁷⁾). Denn nach dem Rechte der Pandecten war nicht gerade nothwendig, daß der Vormund den Pupillen vorseßlich betrogen haben mußte, sondern eine grobe Nachlässigkeit wurde in diesem Falle dem Betrüge gleich geachtet, wie Johann Vollenhove ⁸⁸⁾) ausführlich dargethan hat.

3 5

Eine

86) L. 51. D. pro Socio. L. 43. D. ad Leg. Jul. de adulter.

87) Ger. NOODT Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 13. hält die Worte: *sed more civitatis* für eine Glossé, aber ohne hinreichenden Grund, wenn ihm gleich Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 8. bestimmt. Der ganze Zusammenhang des Gesetzes lehrt, daß sie nothwendig sind, und daher beybehalten werden müssen. Auch in den *Libris Basilicor.* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. pag. 46. werden sie als acht anerkannt; wie schon WAECHTLER in Opuscul. pag. 221. seq. Abr. WIELING in lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 10. Christ. Henr. ECKHARDT in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VII. §. 286. u. a. mehr gegen NOODT erinnert haben.

88) Diff. de suspectis tutoribus et curatoribus, Cap. VIII. §. 6. et seq. (in OELRICHS Thes. nov. Diff. Belgic. Vol. 1. T. I. p. 247. seqq. Man vergleiche mit der L. 1. D. h. t. die L. 7. §. 1. D. de suspect. iur. und L. ult. D. ubi pupill. educari deb. Siehe auch VORT in Comment. ad h. Tit. §. 2. und Hieron. de oroz de apicibus iuris civ. (Lugd. 1661. f.) Lib. V. cap. 5. nr. 4. pag. 362. Es läßt sich jedoch aus dem §. 2. I. de poena temere litigant. nicht undeutlich schließen, daß in iudicio tutelae die culpa lata nur dann dem dolo gleich geachtet werden, wenn der Vormund, statt dem Pupillen den verursachten Schaden in Güte

Eine solche Nachlässigkeit macht den Vormund wenigstens *more civitatis* insofern unehrlich, daß er zu keiner Vormundschaft wieder gelangen kann⁸⁹⁾. Das Naturrecht hingegen erkennt eine bloße Nachlässigkeit, ohne bösen Vorsatz, nicht für eine so schändliche Handlung, daß ein Mensch deswegen infam würde, weil auch zuweilen ein sonst redlicher und rechtschaffener Mann (*homo idoneus*) sich einer großen Nachlässigkeit schuldig machen kann. Ob nun gleich darin die meisten Ausleger übereinstimmen, daß der Ausdruck *tutela damnari* nicht bloß vom Dolus, sondern hier vorzüglich von der culpa lata zu verstehen sey, indem, wenn ein Vormund seinen Pupillen vorsätzlich betrügt, dieses ohnstreitig schon nach dem Vernunftrecht für eine schändliche Handlung zu achten ist, die kein rechtschaffener Mann begehen wird; so ist man doch über den eigentlichen Sinn der Worte *more civitatis* nicht einig. Mehrere Rechtsgelehrten⁹⁰⁾ wollen darunter nicht sowohl das Civilrecht

Güte zu ersetzen, mit demselben einen Proceß anfangen; denn Justinian rechnet die Infamie mit unter die Strafen der verwegenen Litigirens: *si quis tutelae fuerit damnatus*. Es ist viel indessen gewiß, daß nach dem neuern röm. Recht nur erwiesener vorsätzlicher Betrug den Vormund infamirt. L. 1. 2. 4. 5. 6. und besonders L. 9. Cod. de suspect. tut. L. 2. C. de tut. vel. curat. qui satis non ded. S. Ev. otto in Comm. ad §. 6. l. de suspect. tutor.

89) Io. IENSEN in *strictur. ad Rom. iur. Pandect. et Codicem.* pag. 518.

90) E. DONELLUS in *Commentar. iur. civ. Lib. VIII. cap. 8.* pag. 1027. Abr. WIELING in *lection. iur. civ. c. l.* pag. 57. und Jos. FINE-TRES in *Hermogeniane. ad L. 5. D. de iust. et iure Exercit. XII. §. 33.* pag. 207. in fin. et seq.

recht selbst, als vielmehr das Urtheil der Bürger verstehen, welche insgemein das schlimmste zu denken gewohnt sind, und daher denjenigen, welcher von der Tutel ist abgesetzt worden, gleich für unehrlich zu halten pflegen, nicht anders, als wenn er, wer weiß, welche Betrügereyen begangen hätte. Allein ich kann dieser Erklärung nicht beystimmen. Unmöglich konnte Ulpian, der hier zeigen wollte, welche *probra naturaliter*, und welche *civiliter talia* sind, einem unbilligen Volksurtheile das Wort reden, es ist vielmehr bekannt, daß in unsern Gesetzen die Ausdrücke *civiliter* und *more civitatis* dasjenige bezeichnen, was durch das Civilrecht eingeführt worden, oder sonst demselben gemäß ist ⁹¹⁾. Warum übrigens Ulpian zwischen *probris naturalibus* und *civilibus* unterscheidet, läßt sich leicht errathen, da seine Absicht war, das Eoict des Prätors von Verbalinjuriën zu erläutern. Ob man aber den eigentlichen Sinn des Rechtsgelehrten getroffen habe, wenn man den Unterschied zwischen den angegebenen beyden Arten von *probris* darin setzt, daß der Vorwurf einer schon natürlich schändlichen Handlung allemahl eine Injurie sey, nicht aber, wenn man den Andern einer Handlung beschuldigt, die nur *civiliter* und *more civitatis* infamirt, wie besonders Göddaus ⁹²⁾ und Pothier ⁹³⁾ behaupten, will ich hier nicht

weis

91) L. 1. §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix. L. 14. D. de obligat. et act. L. ult. D. rem. pup. salv. fore L. 8. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 34. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. D. de supel. leg. L. ult. §. 27. D. de mun. et honor. Conf. RAISONNIUS de verb. Signif. v. mos et civiliter.

92) In Commentar. in Tit. 16. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 42. cit. nr. 12. p. 510.

93) In Pandect. Justinianeis Tom. III. Tit. de Verb. Signif. Nr. CLXXVIII. Not. e. pag. 682.

weiter untersuchen; mir ist es genug, gezeigt zu haben, daß die von unserm Verfasser hier vorgetragene Eintheilung der Infamie in die natürliche und bürgerliche den Gesetzen des Röm. Rechts nicht unbekannt sey.

§. 376.

Nähere Erklärung der natürlichen Infamie. Eintheilung der Ehrlosigkeit in *infamiam iuris* und *facti*.

Nach der Lehre Ulpians bleibt es also eine natürliche Ehrlosigkeit, welche aus solchen Handlungen entspringt, die schon von Natur schändlich sind. Soll diese jedoch einen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte und Verhältnisse haben, so muß das Civilgesetz solche bestätigen. Denn die vorzüglichsten Wirkungen, welche die bürgerliche Ehre mit sich bringt, verdankt sie dem Staate und der positiven Gesetzgebung. Nur der Staat darf die Bedingungen vorschreiben, unter denen er die Vorzüge eines guten Namens seinen Bürgern gestatten will; er kann also auch diese Vortheile denjenigen versagen und entziehen, welche sich derselben durch Handlungen, die mit dem Wohle des Staats streiten, unwürdig gemacht haben. In dieser Hinsicht kann man mit Recht sagen, daß es außer dem Staate keine eigentliche Infamie gebe⁹⁴⁾. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß ein Mensch, der sich Eingriffe in die Rechte seiner Mitbürger erlaubt hat, auch außer dem Staate auf guten Namen und Ehre keinen Anspruch machen kann. Ein Mensch, der nicht Treue und Glauben hält;

94) Man sehe hier vorzüglich des Hrn. Hofr. Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des röm. Rechts 3. Th. §. 73 und 74. C. 123. ff.

hält; der sich eine Freude daraus macht, andern Tort und Schaden zu thun; der Ungerechtigkeiten ausübt; der dem Andern ohne Recht das Seinige nimmt; ferner ein Mensch, der sich der Wollust, der Schwelgerey und dem Trunk ergiebt, würde auch im Naturzustande seinen Credit verlieren, und in den Augen ehrliebender und rechtschaffener Menschen verabscheuungswürdig seyn. Allein deswegen kann man doch nicht gleich jedem Menschen, der sich durch natürlich schändliche Handlungen ehrlos gemacht hat, auch im Staate die bürgerlichen Rechte entziehen, weil der gute Name ausser dem Staate lange die Folgen nicht hat, welche ihm der Staat, und die positive Gesetzgebung beylegt. In dieser Rücksicht sagt unser Verfasser ganz recht, daß nicht alle Handlungen, welche nach dem Vernunftrechte für schändlich zu halten sind, auch gleich in der bürgerlichen Staatsgesellschaft infamiren, obgleich freylich das von ihm gewählte Beispiel nicht dahin gehört. Denn vorsätzliche Banqueroutirer (*fraudenti decoctores*), welche sich durch ihre verschwenderische Lebensart ausser Stand gesetzt haben, ihre Schulden zu bezahlen, contrahiren nicht bloß eine natürliche Infamie, sondern auch die bürgerlichen, sowohl Römischen⁹⁵⁾, als teutschen Reichsgesetze, erklären sie für ehrlos⁹⁶⁾. Allein wer wird es wohl läugnen, daß
der

95) Man vergleiche *Guil. FORNERII Selection. Lib. II. cap. 27.* (in *Thes. Ottonian. Tom. II. col. 77.*) und *Iac. GOTHOFREDI Comment. in Tit. Pandectar. de divers. Reg. iur. ad L. 144. h. T. pag. 603.*

96) Die teutschen Reichsgesetze verordnen, daß muthwillige Banqueroutirer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aemtern, Ehren und Würden gelassen werden, und keinen Anspruch auf
Jas

der Mißtrauische, der Neidische, der Geißige, der Unverschämte, der Lügner auch auff; dem Staate die gerechte Verachtung eines jeden rechtschaffenen verdient, und dennoch erklären die bürgerlichen Geseze dergleichen Menschen nicht überall für ehrloß. Mit einem Worte, die natürliche Ehrlosigkeit kann nur in sofern auch in der bürgerlichen Gesellschaft von Wirkung seyn, als sie von den bürgerlichen Gesezen dafür ebenfalls anerkannt, und ihr daher rechtliche Wirkungen beygelegt worden sind. Es bleibt also Wahrheit, daß alle Infamie, welche bürgerliche Wirkungen haben soll, von den Civilgesezen bestätigt seyn müsse. Wenn nun aber die bürgerlichen Geseze mit einer schon natürlich schändlichen Handlung darum, weil sie auch mit dem Wohle der bürgerlichen Gesellschaft streitet, den Verlust der bürgerlichen Ehre, als eine Strafe, verknüpfen; so kann dieß auf mehr als eine Art geschehen, und daher die bürgerliche Ehrlosigkeit mancherley Stufen haben. Es lassen sich besonders zwey Fälle gedenken. Entweder das Civilgesetz bestimmt ausdrücklich eine gewisse Handlung, und verordnet, daß wer solche begeht, ehrloß seyn, oder dafür erklärt werden solle; z. B. wer einen Diebstahl oder Ehebruch begeht, soll für infam erklärt werden; oder das bürgerliche Gesetz hat nicht insbesondere eine gewisse Handlung mit der Ehrlosigkeit belegt, sondern nur im Allgemeinen bestimmt, daß derjenige, welcher die Pflichten eines redlichen Bürgers nicht erfüllt, vielmehr Handlungen begeht, die nicht nur eine

Indulte und Moratorien, die den unglücklichen Schuldnern sonst bewilliget zu werden pflegen, machen sollen. Man sehe die Reichspolicey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIII.

eine natürliche Schändlichkeit mit sich führen, sondern auch dem gemeinen Wohle der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig sind, auf die Rechte der bürgerlichen Achtung keinen vollkommenen Anspruch haben solle. So z. B. streitet es gegen die Pflichten eines rechtschaffenen Bürgers, ein Trunkenbold zu seyn. Denn was kann ein solcher Mensch, der selten nüchtern wird, zum Besten der bürgerlichen Gesellschaft wirken? Wie kann man einem solchen ein öffentliches Amt anvertrauen? wie kann man ihm, wenn es auf die Ablegung eines Zeugnisses ankommt, vollkommenen Glauben beylegen? Wenn nun gleich die bürgerlichen Gesetze die Trunkenheit nicht besonders mit der Infamie belegen, so billigen sie doch die Verachtung, welche solche Menschen, die einen anstößigen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel führen, verdienen, und wollen nicht, daß sie jene Vorzüge eines unbescholtenen Namens genießen sollen, deren sie nur ehrliche und rechtschaffene Bürger würdig halten. Hieraus entsteht nun eine zweyfache Art der Ehrlosigkeit, welche die Gesetze anerkennen, und welche beyde in ihren rechtlichen Wirkungen ganz verschieden sind. Die Infamie der erstern Art nennt man insgemein *infamiam iuris*, die der andern Art hingegen *infamiam facti*. Ich weiß zwar wohl, daß mehrere, sowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten⁹⁷⁾, diese

97) Unter den ältern Rechtsgelehrten waren schon *MILLIUS* Lib. II. Disputat. feudal. Thes. 6. lit. D. *PACIUS* Isagoge Digestor. h. t. *WISSENBACH* in Exercit. ad Pand. Disp. XI. §. 13. *DONNELLUS* Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. seq. *Pet. BELLOIUS* Varior. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (Tom. IV. Thes. *Meermann*. pag. 677. seq.) und *Pet. de GRAEVE* Exercit. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. IV. §. 10. pag. 97. wel-

diese Eintheilung verwerfen, weil alle Ehrlosigkeit eine Strafe sey, welche der Richter nicht eher erkennen dürfe, als bis es das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Noch viel weniger aber könnten Ehre und Schande in der bürgerlichen Gesellschaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältnissen, der willkürlichen Entscheidung des Publikums unterworfen werden. Allein kommen gleich jene Benennungen in den Gesetzen selbst nicht vor, so ist doch die Sache selbst, die man dadurch bezeichnet, in den Gesetzen ohne allen Zweifel gegründet, wie auch schon von andern Rechtsgelehrten⁹⁸⁾ hinlänglich dargethan worden ist. Es ist wahr, die

welche die *infamia facti* nicht annehmen. Unter den neuern verdienen bemerkt zu werden *STRACKER* *Diff. de non ente civili infamia facti* Erf. 1736. de *SELCHOW* *select. capita doctrinae de infamia*. Goett. 1770. Sect. I. §. 3. *Chr. Gottl. ZINERT* *Exercit. iur. qua, praeter unam mediatam iuris infamiam, nullam existere infamiae speciem def.* *Lipsiae* 1777. Runde *Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts* §. 301. u. 302. *Danz* *Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts* 3. Band §. 301. und *Kleinschrod* in der *systemat. Entwicklung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts* 3. Th. §. 85.

- 98) Unter den ältern Rechtsgelehrten hat schon *Francisc. de AMAYA* in *Commentar. in tres posterior. libros Cod. Iustin.* (Lugd. 1639. fol.) Tom. I. Lib. X. Tit. 57. nr. 7 — 15. pag. 566. seq. den *DONELLUS* gründlich widerlegt. Unter den neuern nenne ich vorzüglich *Luc. van de ROLL* de *exheredatione et praeteritione* (*Ultrajecti* 1712. 4.) Cap. LXII. §. 17. p. 452. seqq. *Ant. SCHULTING* in *Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2.* *Carl Adolph Braun* von der *infamia facti* (in den *Erlangischen gelehrten Anzeigen* auf das Jahr 1749. N. 33. 38. u. 50.) *Sam. de COCCEJI* in *iure civ. controuv. h. t. Qu. 9.* und *Io. Ern. Bern. ZMMERHANS* ad *Eundem* c. 1. not. n.

die so genannte *infamia facti* hat nicht diejenigen nachtheiligen Wirkungen, mit welchen die *infamia iuris* verknüpft ist, sie kann auch eher aufgehoben werden, als die letztere. Daher wird auch nur diejenige Ehrlosigkeit, welche die Rechtsgelehrten *infamiam iuris* nennen, mit dem eigentlichen Namen *infamia* in den Gesetzen belegt. Daß aber dessen ungeachtet die römischen Gesetze, ausser der *infamia iuris* oder der eigentlich sogenannten *infamia*, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit annehmen, welche aus einem schändlichen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel entsteht, und auch derselben rechtliche Wirkungen belegen, wenn sie gleich solche nicht gerade mit dem Namen einer *infamiae facti* belegen, läßt sich aus mehreren Stellen des römischen Gesetzbuchs erweisen. So sagt erstlich *Julianus* ⁹⁹⁾ von denen, welche *actione doli* oder *iniuriarum* belangt worden, allein per *procuratorem* litigirt haben: *licet verbis Edicti non habeantur infames ita condemnati, retamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam*. Es würde ferner eine höchst auffallende Tautologie in der Verordnung des Kaisers *Constantin des Großen* seyn, wo es heißt ¹⁰⁰⁾: *Neque famosis neque notatis, et quos scelus, aut vitae turpitudō inquinat, et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt*, wenn man sie bloß von denjenigen erklären wollte, die mit einer *infamia iuris* behaftet sind. Eben dieser Kaiser unterscheidet an einem andern Orte ¹⁾ *infamiam* und

99) L. 2. D. de obsequiis parent. et patron. praestand.

100) L. 2. Cod. de Dignitatibus.

1) L. 27. Cod. de inoff. testam.

und *turpitudinem* von einander, legt jedoch den letztern eben die Wirkung bey, daß wenn man eine solche schändliche Person im Testamente seinem Bruder vorgezogen, dem Uebergangenen die *querela inofficiosa* gegen ein solches Testament zustehen solle. Auf gleiche Weise machen die Geseze einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, welche im eigentlichen Verstande *infamieren*, und solchen, *quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari* ²⁾, oder wie sie auch zu sagen pflegen: *quae pudorem tantum sugillant* ³⁾. Daß endlich die Geseze in solchen Fällen, wo sie auch keine Infamie insbesondere verordnet haben, dennoch wenigstens die Verachtung nicht mißbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheil rechtschaffener und verständiger Leute verdienen, die sich durch natürlich schändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung, und der damit verknüpften Vortheile, unwürdig gemacht haben, beweisen noch insonderheit folgende Geseze. So rescribiren erstlich die Kr. Diocletian und Maximian ⁴⁾: *Et si libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est; tamen cum ancillas compressisse, non liberas stuprasse, detectum sit, ex huiusmodi sententia gravatam potius opinionem tuam, quam infamia adflictam esse, manifestum est; und Kr. Alexander* ⁵⁾ sagt: *Ea, quae pater, testamento suo filios increpans, scripsit, infames quidem filios iure non faciunt, sed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri displicuit, onerant.* Endlich lehrt auch Callistratus ⁶⁾, daß

2) L. 20. D. h. t.

3) L. 10. §. 12. D. de in ius vocando.

4) L. 25. Cod. ad L. Iul. de adulter.

5) L. 13. Cod. Ex. quib. caus. infam. irrogat.

6) L. 3. pr. D. de Testibus.

daß bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorzüglich darauf gesehen werden solle, an *honestae*, et *inculpatae vitae*, an vero *notatus quis*, et *reprehensibilis sit*. Kann man nun von solchen Menschen, quos *vitae turpitudine inquinat*, et quorum *opinio apud bonos honestosque gravata est viros*, und welche die Geseze dennoch von denen, qui *infames iure habentur*, unterschreiben, nicht wohl sagen, daß sie *homines integrae existimationis* sind, wofür man sie doch halten müßte, wenn man die *infamiam iuris* nur für die einzige Art der Ehrlosigkeit halten wollte; genossen ferner solche Menschen auch wirklich nicht mehr die vollkommenen Rechte und Vorzüge eines guten *Manus*, da sie nach Maßgabe der angeführten Geseze von Ehrenstellen ausgeschlossen seyn ⁷⁾, und Geschwistern im Testa-

R 2

ment

- 7) Man pflegt zwar dieser Behauptung die *L. 12. D. de decurion*, entgegen zu sehen, wo gesagt wird, daß auch sogar diejenigen, welche eines *Policeyvergehens* wegen von den *Aedil*en gezeiselt worden sind, dennoch vom *Decurionate* und andern *Municipalämtern* nicht auszuschließen wären. Allein es wird doch erstlich in der angeführten Stelle ausdrücklich gesagt: *inhonestum tamen esse, huiusmodi personas, flagellorum ictibus subiecat, in ordinem recipi: et maxime in iis civitatibus, quae copiam virorum honestorum habent*. Sodann war es auch nöthig, in Ansehung des *Decurionats* und der übrigen öffentlichen Ämter in den *Municipien* eine Ausnahme zu machen. Denn diese Ämter waren überaus lästig, so daß sich niemand gern darum bewarb, der nicht entweder ein solches Amt übernehmen mußte, oder sonst gewisse Vortheile dadurch zu erlangen suchte. Daher stand sogar *Plebejern*, *Inden* und *Ungelehrten* der Weg zu solchen Ämtern offen. In dieser Rücksicht waren also auch diejenigen nicht auszuschließen, welche nicht förmlich für *infam* erklärt worden, sondern sich nur

ment nicht vorgezogen werden sollen, auch kein vollgültiges Zeugniß ablegen können; so muß es doch wohl, außer der infamia iuris, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit geben, welche die Rechtsgelehrten *infamiam facti* zu nennen pflegen. Bestünde diese freylich nur in schwankenden Meinungen des Publicums, und wäre sie wirklich von keinen weiteren rechtlichen Folgen, wie diejenigen behaupten wollen; die selbige verwerffen; so würde ich ihnen beizutreten kein Bedenken tragen. Allein darin liegt eben der Fehler, daß man sich von der infamia facti eine ganz andere Vorstellung gemacht hat, als die Geseze eigentlich damit verbinden. Keineswegs haben die Geseze die Beurtheilung jener turpitudō, welche die Rechtsgelehrten infamiam facti nennen, der bloß willkührlichen Entscheidung des Publicums unterworfen. Nein, so lang die Römer Censoren hatten, überließ man es ihrem Urtheil, welche Untugenden an ihren Bürgern mit einer öffentlichen Rüge und Beschimpfung belegt zu werden verdienten. Man pflegte daher nur die erfahrensten, redlichsten, und tugendhaftesten Männer an diesen Posten zu stellen.

nur durch eine erlittene Ausgriselung einmal eine öffentliche Beschimpfung zugezogen hatten, wenn man nämlich kein besseres Subject zur Besetzung eines solchen Amtes hatte, wie auch die angeführte L. 12. in den Worten: *nam paucitas eorum, qui muneribus publicis (scil. in municipiis) fungi debeant, necessario etiam hos (scil. flagellis caesos) ad dignitatem municipalem, si facultates habeant, invitet*; deutlich zu verstehen giebt. Man sehe SCHULTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 31. Io. WUNDERLICH in libr. sing. de legitimatōe per oblationem curiae. (Ienae 1759. 4.). §. 4. und Andr. Guil. CRAMER Dispunctio. iur. civ. (Suerini et Wismar, 1798. 8). Cap. I. pag. 6.

len. (Ob nun gleich eine solche nota censoria weder alle Wirkungen der infamiae iuris gehabt, noch auch, wie Cicero ⁸⁾ sagt, als eine res iudicata angesehen wurde, und daher von den Censoren auch wieder aufgehoben werden konnte; so waren doch die Wirkungen für denjenigen, der von den Censoren war notirt worden, nicht wenig nachtheilig. Ein Senator verlor sein Sitz und Stimme im Senate, ein Ritter sein Pferd, welches er vom Staat erhalten hatte. Bei Schauspielen mußte der Notirte unter dem Pöbel sitzen, wenn er auch von noch so vornehmen Stande war. Niemand vertraute ihm die Vormundschaft über seine Kinder an. Zuweilen wurde der Notirte nur für einen aera-rius erklärt, d. i. man schätzte zur Strafe sein Vermögen höher, als es seyn sollte, so daß er nun auch mehr Tribut bezahlen mußte; zuweilen wurde er von einem Tribu in den andern versetzt, und dadurch degradirt, zuweilen gar in tabulas Caeritum referirt, und hierdurch seines Stimmrechts auf dem Reichstage beraubt, und was dergleichen Wirkungen mehr waren, wovon vorzüglich Gundling ⁹⁾, Braun ¹⁰⁾ und Alexander Adam ¹¹⁾ nachgesehen werden können. Nun wurde zwar das Amt der Censoren in der Folge auf-

R 3

ge

8) *Orat. pro A. Cluentio. Cap. 42.*

9) Von den röm. Schatz- und Zuchtmeistern oder Censoribus (in Gundlingianis XVI. Stück. Nr. I.)

10) Von dem römischen Zuchtmeisteramte, und der daraus fließenden Anrüchtheit; (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXXVIII.)

11) Handbuch der römischen Alterthümer aus dem Englischen übersetzt vom H. M. Meyer 1. Band. (Erlangen 1794. 8.) S. 238. folg.

gehoben, aber damit keinesweges die Beurtheilung der Handlungen, welche den guten Namen schmälern, und eine Verachtung nach sich ziehen, bloß der willkürlichen Entscheidung des Publikums unterworfen. Neln, die Geseze erschordern solche *facta turpia*, quae *apud bonos et graves viros* wie Kr. Alexander ¹²⁾ sich ausdrückt, *exstimationem onerant*. Der Richter muß also darüber entscheiden, wenn die Sache zur Sprache kommt, ob Jemand wirklich sich so schimpflich aufgeführt habe, daß er derjenigen Vorthelle des guten Namens für unwürdig zu achten sey, von denen gerade die Frage ist. Auf solche Art läßt sich also die *infamia facti* als eine von der *infamia iuris* unterschiedene Art der Ehrlosigkeit, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten ¹³⁾, allerdings rechtfertigen. Sie unterscheidet sich übrigen von der *Infamia iuris* besonders darin, daß hier nicht ein *factum in specie* mit der Ehrlosigkeit belegt wird, sondern nur solche Handlungen überhaupt, die schon von Natur schändlich sind, und daneben auch mit dem Wohl der

12) L. 13. C. Ex quib. caus. infam. irrog.

13) Außer den bereits oben angeführten Rechtsgelehrten wird die *infamia facti* noch von folgenden angenommen: Io. SCHULTER in *Praxi iur. Rom. Exerc. X. §. 25.* STRAUCH in *Dissert. ad ius Iustinianum Diff. XXIX. §. 29.* STRUV in *Syntagm. iur. civ. Exercit. VII. Th. 17.* MÜLLER ad *Eundem c. l. Not. α.* BACHOVIVS ad *Treutlerum T. I. Disp. VIII. Th. IV. Lit. A.* VOET in *Comment. ad Pandect. h. t. §. 3. I. H. BOEHMER in- troduc. in ius Digestor. h. t. §. 8.* Io. ORTW. WESTENBERG in *Princip. iuris sec. ord. Digestorum h. t. §. 3. et 47.* HOFACKER in *Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 319.* Höpfner in *Commentar über die Institutionen §. 62. Not. 13. und Lud. Cod. MADIVN Princip. iur. Rom. P. V. §. 35.*

der bürgerlichen Gesellschaft strecken, die bürgerliche Achtung mindern. Sie hat daher jederzeit eine von den bürgerlichen Gesetzen im Allgemeinen bestätigte infamiam naturalem zum Grunde, dahingegen eine infamia iuris auch solche Handlungen betreffen kann, welche von Natur nicht schändlich sind, wie z. B. wenn eine Wittve vor Ablauf des Trauerjahrs ohne Dispensation zur andern Ehe schreitet. Endlich ist auch die infamia facti mit weniger nachtheiligen Folgen, als die infamia iuris, verknüpft.

§. 377.

In wiefern infamirt die Strafe? Erläuterung der *L. 22. D. h. t.* in Verbindung mit der *L. 10. §. 2. D. de poen.*

Aus dem vorigen ergibt sich nun also, 1) daß eine irrige Volksmeinung niemanden ehrlos machen könne, wenn er sich nicht einer solchen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, welche entweder nach bürgerlichen oder nach natürlichen Gesetzen die Infamie nach sich zieht. Eben so gewiß ist es auch, 2) daß eigentlich nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, infamirt. *Ictus fustium*, sagt die *L. 22. D. h. t. infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat**). In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. Zur Erläuterung dieser Stelle muß ich bemerken, daß sie in der Ueberschrift dem Marcellus zu, geeignet wird, aus dessen *Lib. II. Publicorum sc. iudiciorum*) selbige genommen seyn soll. Allein da von diesen

R 4

libris

*) Hiermit stimmt auch überein *L. 14. C. Ex quib. caus. infam. irrog.*

libris Publicorum des Marcellus sonst nirgends etwas vorkommt, solche auch in dem *Indice Pandectarum Florentino* nicht erwähnt werden, so ist die Ueberschrift der angeführten *L. 22.* allem Ansehen nach nicht ächt. Ich bin daher geneigt, jene Stelle mit Meinard Tydemann ¹⁴⁾ vielmehr dem Aemilius Macer zuzueignen, von welchem in dem *Indice Pandectarum Florentino* *Publicōν βιβλία* *duo* angeführt werden. Dieß ist besonders darum sehr wahrscheinlich, weil aus dem zweiten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer mehrere Fragmente in den Pandecten befindlich sind, die von der Ehrlosigkeit handeln ¹⁵⁾; und es ist auch sonst gar nichts ungewöhnliches, daß Macer mit dem Marcellus confundirt wird ¹⁶⁾.

Ja

14) *Diff. de Lucii Ulpii Marcelli Icti vita et scriptis. Traj. ad Rhen. 1762. Sect. II. Cap. II. §. 2.* (in *Ger. OELRICHS Thesau- ro novo Dissert. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 73. seq.*)

15) Man sehe *L. 63. D. de furt. L. 40. D. de iniur. L. 4. D. de praevaricat. L. 7. D. de public. iudic. L. 8. D. de accusat. u. L. 10. D. de poenis*, in *Alb. WIELING iurisprud. re- Kituta. pag. 97.*

16) So z. B. wird in der Haloandrinischen Ausgabe die *L. 8. D. de sepulcro viol.* ganz irrig dem Marcellus zugeschrieben, die doch aus des AEMIL. MACRI *libr. 1. Publicorum.* genommen ist. Eben so unrichtig ist es, wenn die Ausgabe des Petrus ab AREA BAUDOZA CESTIUS in der Ueberschrift der *L. 10. D. de poenis: MARCELLUS lib. 2. de publicis iudiciis*, liest. Besonders ist die Vermischung der beyden Namen Macer und Marcellus in den *libris Basilikōν* sehr gewöhnlich, wie Io. VAN NISSEN in *Diff. de sepulcro violato. Cap. XXVI. §. 5. nr. 13.* gezeigt hat. Mehrere Beispiele von dieser Namenverwechslung findet man bey TYDEMANN in cit. *Dissert. Sect. I. Cap. VIII. §. 5.*

Da es findet sich unter den Fragmenten, die aus dem zweyten Buche der *Publicorum* des *Aemilius Macer* entlehnt sind, eins, nämlich die *L. 10. D. de poenis*, mit welchem unsere *L. 22. D. h. t.* einen unmittelbaren Zusammenhang zu haben scheint, so daß beyde aller Wahrscheinlichkeit nach zusammen gehört haben. Hier heißt es nun §. 2. *L. 10. cit.* In personis tam plebejorum quam Decurionum illud constitutum est, ut qui maiori poena afficitur, quam legibus statuta est, infamis non fiat: ergo et si opere temporario quis multatus sit, vel tantum fustibus caesus, licet in actione famosa, veluti furti; dicendum erit, infamem non esse, quia et solus fustium ictus gravior est, quam pecuniaria damnatio. Verbindet man mit dieser Stelle die *L. 22.* so läßt sich folgender ganz richtiger Sinn bestimmen. Es ist, sagt *Macer*, bey den Decurionen sowohl als den Plebejern in den Municipien besondern Rechts, daß wenn sie einer infamirenden Handlung wegen härter bestraft worden sind, als das Gesetz will, ihnen die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wird. Man setze also, ein solcher Municipal- unterthan sey eines begangenen Diebstahls wegen auf Befehl des Präses fustigirt worden, da er doch den Rechten nach nur mit einer Geldstrafe hätte belegt werden sollen, so wird er nun nicht infam. Warum? Erstlich, weil das Verbrechen, was die Infamie wirkte, nun nicht mehr vorhanden ist, wenn der Verbrecher deswegen schwerer bestraft worden, als er es verdiente, da er nun schon so viel ausgestanden hat, als die Folgen der Ehrlosigkeit betragen. Zweitens, weil die Strafe an sich, und auch selbst die Fustigation, nicht infamirt, sondern die Veranlassung derselben, nämlich das Verbrechen, weßwegen einer die

Estrafe verdient hat. Wird nun also Jemand härter gestraft, als er es verdient hat, so fehlt es an dem Grunde der Infamie, folglich kann sie aus der Estrafe allein nicht entstehen ¹⁷⁾). Hier ist nun zwar zwischen beyden Stellen der allergeauueste Zusammenhang, indessen berechtigt uns denn doch dieß noch nicht zu dem Axiom, welches unser Verf. hieraus herleiten will, *quod scilicet*, um seine eigene Worte in der Not. 1. zu gebrauchen, *poena corporalis iusto gravior famam alicui conservet, quasi hac ratione de fama esset transactum*. Ich weiß zwar wohl, daß dieß eine gemeine Meinung der Rechtsgelehrten ist, welche von sehr vielen behauptet wird, als ob der Richter die vom Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er auf eine härtere, als die gesetzliche, Estrafe erkennt ¹⁸⁾). Man beruft sich, ausser jener L. 10. §. 2.

D. de

17) Erklärt man auf diese Art die L. 22. D. h. t. in Verbindung mit der L. 10. §. 2. D. de poen. so ergibt sich, daß sie CORASIUS Miscellaneor iur. Lib. I. cap. XVI. §. 5. ganz unrichtig verstanden habe, wenn er sagt: daß nach der L. 22. die Fustigation alsdann infamire, wenn sie Jemand eines infamirenden Verbrechens wegen erlitten habe. Z. B. wenn Jemand eines Diebstahls wegen fustigirt worden sey. Diese Erklärung ist der L. 10. cit. offenbar zuwider. Es kommt hier vorzüglich auf die Worte an: *causa, propter quam id pati meruit*, welche CORASIUS nicht gehörig erklärt hat. Diese Worte wollen soviel sagen, daß das delictum ein solches seyn müsse, cui fustium poena per leges est praestituta. Ein solches Verbrechen ist aber nach röm. Rechten der Diebstahl nicht.

18) Ferd. Christoph. HARTPRECHT Diss. de infamiae dispensatione, quae sit per poenae aggravationem. (in eius Dissertation. academ. Vol. I. Disp. XI. pag. 402. seqq. DORAUER Diss. de transactione legis cum delictorum reis de exstimatione, quae sit

D. de poenis, die ich schon erklärt habe, noch auf einige andere Stellen des römischen Rechts, wo gesagt wird, daß die Erkennung und Uebernehmung einer härtern Strafe gleichsam als ein Vergleich zu betrachten sey, der zur Schonung der bürgerlichen Ehre zwischen dem Richter und dem Delinquenten sey geschlossen worden ¹⁹⁾. Allein diese Meinung

sit per aggravationem poenae. *Altorf.* 1697. *Ant. MATTHAEI de criminibus* Lib. XLVIII. Tit. XVIII. Cap. 3. num. 12. *VOET* in *Comment. ad Pand. h. t. §. 5. Iac. LECTIUS ad Aemilium Macrum de publicis iudiciis*, (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 95.) *Qui storps Grundsätze des peinlichen Rechts* 1. Th. §. 100. *KOCH Institut. iur. crim.* §. 176. *Westphals Criminalrecht*, Anmerk. 28. §. 4. *RÜTTMANN Elem. iuris crim.* §. 76. *HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ.* Tom. I. §. 324. *Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*. 3. Band. §. 303. u. a. m.

- 19) *L. 13. §. 7. D. h. t. Poena gravior ultra legem imposita, exilium conservat, ut et constitutum est et responsum: ut puta si eum, qui parte bonorum multari debuit, praeses relegaverit, dicendum erit, duriori sententia cum eo transactum de exilium eius: idcircoque non esse infamem.* — *L. 15. pr. D. ad municipalem. Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem: egressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt: durioribus etenim poenis affectos, ignominia, velut transacto negotio, postea liberari.* — *L. 5. D. de decurionib. Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit: ad tempus autem exulare iussos ex crimine leviori, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos.* — *L. 4. Cod. Ex quib. caus. infam. irrogat. Si Posidonium in tempus anni relegatum, sententiam non excessisse Proconsulis probaveris, quinque annis exilio*

nung läßt sich in der Theorie nicht rechtfertigen. Denn 1) sprechen alle die angeführten Gesetze offenbar nicht von einem Rechte

exilio temporali dammandum, inter infames haberi non oportet: quoniam sententiae severitas cum caeteris damnis transfigere videtur. Das letztere Gesetz ist etwas dunkel. Man glaubt insgemein, daß man, statt *relegatum*, vielmehr *relegandum*, und hernach, statt *damnandum*, vielmehr *damnatum* lesen müsse. So lesen Accursius, Eujaz ad L. 1. C. de his, qui in exil. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. BACHOVIVS ad τα Πρώτα pag. 764. Nic. ANTONIVS de Exilio Lib. II. cap. 2. §. 5. (in Tom. III. Thef. Meermann.) WISENBACH Exercit. ad Pand. Disput. XI. §. 27. Ant. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9. TYDEMAN cit. Diff. Sect. II. cap. 2. §. 2. Not. 5. u. a. m. Allein mit Recht hat Andr. Guil. CRAMER in Disputation. iur. civ. libro sing. Cap. I. pag. 8. seqq. diese Emendation verworfen. Folgender Fall, welchen THALELAEUS in Scholio ad dict. L. 4. Cod. aus den Commentaren des MERODIS PATRICII anführt, wird den besten Aufschluß geben. Posidonius, ein Decurio, war eines insanirenden Verbrechens wegen, vielleicht wegen einer begangenen Injurie, statt einer sonst nur verwirkten Geldstrafe, auf ein Jahr relegirt worden. Posidonius weigerte sich, dem Urtheil des Proconsuls Folge zu leisten. Er verließ also die Provinz nicht, wie ihm doch war auferlegt worden. Der Proconsul berichtet deßfalls an den Kaiser, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, (L. 27. §. 1. D. de poen.) und fragt zugleich an, wie es wegen der verwirkten Ehrlosigkeit zu halten sey. Die Kaiser Severus und Antoninus rescribiren hierauf, daß Posidonius zwar wegen seiner Widerspenstigkeit nun, statt eines Jahres, auf fünf Jahre zu relegiren sey, jedoch da er hierdurch eine härtere Strafe leide, als die sonst gewöhnliche ist, die eigentlich nur in einer Geldbuße bestanden hätte, so solle ihm deßwegen die Ehrlosigkeit, die er sonst verwirkt haben würde, geschenkt seyn.

Rechte des Richters, vermöge welchen er auf eine härtere Strafe, statt der gesetzlichen Ahndung, erkennen, und dadurch dem Verbrecher die verdiente Ehrlosigkeit nachlassen könne; sondern sie bestimmen nur, was in dem Falle Rechts seyn solle, wenn der Richter einen Verbrecher härter gestraft hätte, als das Gesetz verordnet. In diesem Falle wollen sie, daß man, um den Fehler des Richters wieder gut zu machen, die Sache gleichsam als einen Vergleich betrachte, und da der Verbrecher schon mehr ausgestanden, als er verdient hat, so soll er dadurch entschädiget werden, daß ihm die Ehrlosigkeit, die sonst das begangene Verbrechen wirken würde, nachgelassen wird ²⁰). 2) Enthalten auch jene Gesetze keine allgemeine Regel, sondern reden durchaus nur von dem Proconsul oder dem Präses der Provinz; wenn solcher einen Decurio oder sonst einen Municipalbürger härter gestraft hatte, als das Gesetz wollte. Hier trat ein besonderer Grund ein, warum solchen Personen durch eine erlittene härtere Strafe die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wurde, dieser lag in der besondern Beschaffenheit der öffentlichen Municipalämter. Denn da solche Stellen, wegen der damit verknüpften vielen Lasten, schwer wieder zu besetzen waren, so mußte man freylich die Decurionen, wenn sie etwas beglengen, was ihrer Ehre nachtheilig war, möglichst zu schonen suchen; und dieß war auch bey denen nöthig, die aus den Plebejern zum Decurionat Lust und Fähigkeit zeigten, weil auch Plebejer zu solchen Chargen gelangen konnten ²¹). Dieß paßt nun aber weder auf andere römische Unter-

20) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinschrodis systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 129.

21) Man sehe hier die Note 7. zum vorigen Paragraph.

terthanen, als gerade auf Municipalen, noch auf andere römische Magistratspersonen, als auf Proconsules und Präses der Provinzen ²²⁾, und kann daher auch auf unsere heutigen Richter um so weniger angewendet werden, da nicht einmal ein römischer Präses, ausser jenem Falle, wo man ihm zur Schonung der Ehre der Decurionen nachsah, befugt war, die Infamie, die aus einem Verbrechen entspringt, nachzulassen ²³⁾. Dessen ungeachtet nimmt doch die Praxis, auf die Glosse gestützt, jene irrige Meinung an, 1) weil man es für billig hält, daß man einem Menschen, soviel nur möglich ist, seine bürgerliche Ehre zu erhalten suche; und dann 2) weil doch der Grund jener Gesetze ganz allgemein ist, quod scilicet duriori sententia quasi transactum sit de exstimatione ²⁴⁾. Es wird nun zwar in diesen Gesetzen

aus

22) Vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Erasmers angeführte *Dispunctiones iuris civ. Cap. I.*

23) *L. 63. D. de furtis. Non poterit Praeses efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia.* Auch diese Stelle ist aus des MACRI *Lib. II. Publicorum Iudiciorum* genommen und daher mit der *L. 10. D. de poenis* zu verbinden. Man sehe Ger. NOODT *Commentar. ad Pandect. h. t. (Oper. Tom. II. pag. 78. fac. LECTIVS ad Aemil. Marcum de publicis iudiciis h. L. (Tom. I. Thes. Otton. pag. 94. seq.)* und FORNIER *Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XIII. pag. 99.*

24) Diese Praxis bezeugen COCCIJ *Tom. III. Resp. 50. nr. 5. Consil. Tubingenf. Vol. IV. Conf. 224. nr. 12. seqq. BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. pag. 53. (edit. Winkler.) STARK in Ul. mod. Pandect. h. t. §. 12. a WEARNER Select. Observat. for. Tom. I. Part. V. Observat. 151. n. 3. seqq. pag. 1066. und STRUBEN in den rechtlichen Bedenken 3. Th. Bb. 22. S. 107. folg.*

ausdrücklich erfordert, daß die auferlegte härtere Strafe keine Geldstrafe seyn dürfe²⁵⁾; daher sich auch wohl erklären läßt, warum unser Verfasser sagt: *poena corporalis iusto gravior famam conservat*. Allein da jene Gesetze bloß von einer Privatgeldstrafe reden, die nach dem röm. Rechte dem Kläger zu Theil wurde, und wodurch also freilich dem Staate selbst kein Genüge geschähe²⁶⁾; so geht die Praxis über jene gesetzliche Einschränkung um so mehr hinaus, je weniger heutiges Tages dergleichen Privatstrafen statt finden, als in den angeführten Gesetzen vorausgesetzt werden.

Wenn oben Aemilius Nacer, um noch einmal auf diesen zurück zu kommen, sagte, daß nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, welches die Strafe verdient hat, infamire, und daß dieß nicht bloß von der Fustigation, sondern auch von allen übrigen Arten der Strafen gelte²⁷⁾; so scheint ihm zwar Cal=

listra=

25) So sagt unter andern L. 13. §. 7. in fin. D. h. t. Sed si in causa furti nec manifesti in quadruplum iudex condemnavit; oneratum quidem rem poena aucta, (nam ex furto non manifesti in duplum conveniri debuit); verum hanc rem existimationem ei non conservasse, quamvis, si poena non pecuniaria eum onerasset, transactum cum eo videtur.

26) G. DONELLUS in commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 3. pag. 1032. und Franc. de AMAYA in Commentar. in tres poster. libros Codicis T. I. Lib. X. Tit. 57. n. 25. pag. 569.

27) Ant. FABER in Rational. ad L. 22. D. h. t. will zwar die Worte: *In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est*, für ein Emblem des Tribonianus halten; allein ohne hinreichenden Grund, wie schon RACHOVIVS in Comm. ad τὰ Νόμια pag. 764. gegen Faber erinnert hat.

litratus zu widersprechen, welcher in der L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit. mehrere Strafen nennt, und von ihnen sagt, daß durch sie Ehrlosigkeit bewirkt werde. Allein dieser Widerspruch ist leicht zu heben; es folgt nämlich noch nicht daraus, daß die vom Callistratus angeführten Strafen schon an sich infamirt hätten; nein, sondern der Jurist muß so verstanden werden, daß unter andern die Ehrlosigkeit aus solchen Verbrechen entspringe, welche die von ihm genannten Strafen nach sich ziehen ²⁸⁾).

Das teutsche Reich stellt jedoch ganz andere Grundsätze auf. Nach diesem kann die Ehrlosigkeit auch Folge der erlittenen Strafe seyn. Denn alle Criminalstrafen infamiren nach heutigen Rechten, welche durch des Schinders Hand an der Person des Verbrechers, oder an seinem Bildnisse vollzogen werden ²⁹⁾. Zu diesen gehört nun heutiges Tages auch der Staupenschlag, weil er vom Scharfrichters Knecht vollzogen wird ³⁰⁾. Der Grund hiervon liegt hauptsächlich darin, da die Teutschen viel zu roh und sinnlich waren,

28) Iul. PACIUS ΕΥΑΥΤΙΟΦΥΛΩΝ l. Legum Conciliatar. Centur II. Qu. 29. und J. Hofr. Kleinschrod in der angef. system. Entwicklung der Grundbegriffe des peinl. Rechts 3. Th. §. 83. S. 145.

29) G. Selp von dem Unterschiede der ehrenrührigen Strafen nach römischen und teutschen Rechten. Lacroix über die ehrlosmachenden Strafen; und Runder's Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 303.

30) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Not. f. Kleins Grundsatz des peinl. Rechts §. 87. Not. a. Stelzers Lehrbuch des peinlichen Criminalrechts §. 191.

als daß sie aus dem Verbrechen selbst die Ehrlosigkeit und Schande hätten ableiten sollen; so nahmen sie Kränkungen der Ehre nur denn an, wenn sie durch öffentliche Bestrafung auf eine sinnliche Art überzeugt wurden, daß der Missethäter sich wirklich seiner Ehre verlustig gemacht habe³¹⁾. Diesem zu Folge behauptet man daher in Praxi, daß wenn Jemand wegen eines solchen Verbrechens, welches sonst den Rechten nach infamirt, nicht auch mit einer schimpflichen Leibesstrafe, sondern nur mit Gefängniß, oder gar nur mit einer Geldstrafe belegt worden, derselbe keinesweges für ehrlos zu halten sey³²⁾.

§. 378.

Eintheilung der Infamie in die mittelbare
und unmittelbare.

Nach dem röm. Rechte ist die infamia iuris wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare oder mittelbare. Hat nämlich das Gesetz die Infamie mit einer gewissen Handlung dergestalt unmittelbar verbunden, daß

31) Siehe Kleinschrods syst. Entwicklung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 3. Th. §. 88.

32) Man vergleiche THOMASIIUS Diss. an poenae viventium, eos infamantes, sint absurdæ et abrogandæ. §. 37. u. §. 45—47. REINHARTH Select. Observat. ad Christianæum. Vol. I. Obl. 8. pag. 13. de BOEHMER Meditation. ad Art. CX. Const. Crim. Carolinae §. 3. Ge. LUD. BOEHMERI Diss. de querela inofficiosæ donationis fratrum. Goett. 1751. §. 8. pag. 14. und QUISTORP Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. i. Man sehe jedoch, was STRYK in Ul. mod. Pandect. h. t. §. 13. de COCCJEI in iure civ. controuv. h. t. Qu. 4. und REIMINGHAUS ad Eundem not. h. t. dagegen erinnern haben.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

§

daß nach Vorschrift desselben die Wirkungen der Ehrlosigkeit eintreten sollen, sobald die Handlung zur Wirklichkeit gebracht worden ist, ohne daß deswegen ein richterliches Erkenntniß erfordert wird, oder doch wenigstens die Wirkung desselben auf den Zeitpunkt des begangenen Verbrechens zurückgerechnet werden muß, so heißt die Infamie eine unmittelbare. Wenn hingegen die Ehrlosigkeit, mit welcher die Gesetze eine gewisse Handlung belegt haben, nach Vorschrift derselben erst dann von Wirkung ist, wenn der Urheber derselben deswegen entweder durch ein competentes richterliches Erkenntniß zur verdienten Strafe verurtheilt worden, oder sonst überwiesen ist, daß er sich deshalb verglichen, und zur Abwendung der Anklage Geld oder Geldeswerth gegeben habe, so wird eine solche Infamie eine mittelbare genannt. Diese Eintheilung, welche von den berühmtesten Ewillsen³³⁾ angenommen wird, wollen zwar einige neuere Rechtsgelehrten³⁴⁾ verwerfen. Sie glauben, daß

33) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 7. et 8. FRANC. de AMAYA in Comment. ad lib. X. Cod. Tit. de infamibus. nr. 26. seqq pag. 569. ANT. MATTHARI de criminibus. Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. n. 6. GE. FRANTZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. n. 6. 7. et 8. VOET h. t. §. 1. ANT. SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 3. seqq. WESTENBERG in Digestis h. t. §. 25. seqq. GE. LUD. BOEHMER in Diss. de querela inoff. donationis fratrum §. 7. et 8. u. a. m.

34) Kleinschrod in der systemat. Entwicklung der Grundsätze des civil. Rechts 5. Th. §. 84. KINERT Diss. praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem §. 7. und Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 301. C. 60.

daß es keine unmittelbare Infamie gebe, sondern daß allezeit ein Urtheil des Richters dazu nöthig sey, wenn Jemand für ehrlos gehalten werden solle. Allein ihre Gründe überzeugen mich von dem Ungrunde dieser Eintheilung noch nicht. Daß 1) nach dem röm. Rechte nicht überall ein richterliches Erkenntniß erfordert werde, wenn die Wirkung der Infamie eintreten soll, lehren uns die Kaiser **Valerianus** und **Gallienus** ganz deutlich, wenn sie sagen ³⁵⁾: *Noni damnatos quidem duntaxat iniuriae, sed et pactos quoque perpetuum Edictum infamat* ³⁶⁾ *Verum pactos eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac causa placuit intelligi* ³⁷⁾. Caeterum simplex eius rei gratia ³⁸⁾ integram pacti ³⁹⁾ existimationem illibatamque conservat. Nach diesem Gesetz sollen also nicht bloß diejenigen ehrlos seyn, welche einer infamirenden Handlung wegen verurtheilt worden sind, sondern auch diejenigen, welche sich deswegen außsergerichtlich verglichen haben, nämlich wenn sie Geld gegeben, daß man sie nicht verklagen solle. Denn man glaubte, sie hätten den Vergleich darum geschlossen, weil sie kein gutes Gewissen hätten, und erklärt sie

§ 2

daher

35) L. 18. Cod. Ex quib. caus. infam. irr.

36) Man vergleiche hiermit L. 4. §. 5. D. h. t.

37) Eben so Ulpian L. 6. §. 3. D. h. t.

38) *Simplex gratia* heißt hier eine unendgeldliche Verzeihung. Ulpian sagt a. a. O. *Si quis precibus impetravit, ne secum ageretur*, so werde er nicht ehrlos, *quia alioquin nulla erit veniae ratio: quod est inhumanum*.

39) *Pacti*, id est, eius, qui pactus est. **G. POTHIER** in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XI. Not. n. pag. 98.

daher geradezu für geständig und überlesen ⁴⁰⁾. Man hielt also in diesem Falle ein richterliches Erkenntniß um so weniger für nöthig, weil, wie Paulus ⁴¹⁾ sagt, den Geständigen gleichsam schon sein eignes Urtheil verdammt. 2) Kann es wohl nicht gleichviel seyn, wenn die Gesetze in einigen Fällen so ganz bestimmt sagen, daß das Factum allein zur Ehrlosigkeit nicht hinreichend seyn solle, wenn nicht der Schuldige deswegen verurtheilt worden; in andern Fällen hingegen die Infamie bloß mit der Handlung selbst verbinden, ohne dabey etwas von dem richterlichen Urtheil zu erwähnen, ja wohl gar ausdrücklich sagen, daß das Factum, und nicht die Sentenz, ehrlos mache. So z. B. erklärt das Gesetz denjenigen für ehrlos, qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit ⁴²⁾, und Ulpian ⁴³⁾ bemerkt hierbey zur Erläuterung, daß ein peinlicher Ankläger, der sich einer Calumnie oder Prävarication schuldig gemacht, nur dann erst für ehrlos zu halten sey, *si fuerit calumniae causa damnatus; neque enim sufficit calumniatum*. Dagegen sagt das Gesetz schlechthin, wer Hurenwirthschaft treibt, (qui lenocinium fecerit), soll infam seyn ⁴⁴⁾ und Ulpian, welcher in jenem Falle einer begangenen Prävarication so genau bestimmte, wenn die Wirkung der Ehrlosigkeit eintrete, erwähnt hier in seinem Commentar von dem richterlichen Urtheile eben so wenig etwas, als das Gesetz selbst, sondern erklärt nur

40) L. 5. D. h. t.

41) L. 1. D. de confessis.

42) L. 1. D. h. t.

43) L. 4. §. 4. D. h. t.

44) L. 1. D. h. t.

ben Ausdruck *lenocinium facere* ⁴⁵⁾, also nur das Factum bestimmet ihn hier, welches das Gesetz mit der Ehelosigkeit feie belegt. Ja Ulpian unterscheidet an einem andern Orte ⁴⁶⁾ ausdrücklich zwischen einer solchen Weibsperson, quae est adulterii damnata, und einer solchen, quae in adulterio deprehensa quidem, damnata autem non sit, und sagt von jener, sie sey ehrlos, quia publico iudicio damnata est, aber auch die letztere, quae in adulterio deprehensa tantum sit, erklärt er für infam, welche eben so wenig als jene nach der *Lege Iulia et Papia* weder ein Senator, noch ein anderer freygebohrner Römer heyrathen dürfe ⁴⁷⁾; und warum? quia, fügt Ulpian hinzu, factum LEX, non sententiam notaverit. Zum offenbaren Beweise, daß eine Weibsperson, welche im Ehebruch betroffen worden, ipso iure infam war, ohne daß ein richterliches Urtheil hierzu erfordert wurde ⁴⁸⁾. Es läßt sich aber auch 3) ein ganz guter Grund angeben, warum einige Handlungen ipso iure infamiren, andere hingegen ein richterliches Erkenntniß erfordern, wenn die Wirkung der Ehelosigkeit eintreten soll. Denn diejenigen Handlungen, mit welchen die Gesetze selbst und unmittelbar die Ehelosigkeit verbinden, ohne dabey des richterlichen Urtheils zu erwähnen, sind von der Art, daß sie entweder wegen ihrer Kundbarkeit und Evidenz gar keine weitere Untersuchung erfordern, weil sie z. B. vor den Augen

§ 3

des

45) L. 4. §. 2. D. de r. i.

46) L. 43. §. 12. D. de ritu nuptiar.

47) ULPIANUS *Fragm.* Tit. XII. §. 1. (in *SCHULTZING* iurisprud. Antejust. pag. 607.)

48) G. Io. Goul. HEINECCII *Commentarium ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam* Lib. II. Cap. I. §. 13. pag. 134.

des Publikums öffentlich geschahen, wie dieß der Fall bey den römischen Gladiatoren, Schauspielern und solchen war, die unter der Aufsicht der Aedilen öffentliche Bordelle hielten⁴⁹⁾; oder weil man das unerlaubte Factum selbst schon für einen hinlänglichen Beweis einer solchen Untreue annahm, welche die damit verknüpfte Ehrlosigkeit verdiene, wie z. B. bey einem Vormunde, welcher vor abgelegter Rechnung seine Pflegebefohlene geheyrathet hat; oder es sind solche Handlungen, derentwegen weder eine peinliche Anklage, noch eine actio famosa statt findet, wie z. B. bey dem unerlaubten Zinswucher, welchen die röm. Geseze bekanntlich mit der Ehrlosigkeit bestrafen⁵⁰⁾, obgleich dem Schuldner deswegen nur eine Condictio zustehet⁵¹⁾, die Condictionen aber an sich nicht infamiren, quamvis ex famosis causis pendeant⁵²⁾. Wenn man nun 4) gegen die in Schuß genommene Eintheilung einwenden will, daß keine Strafe unmittelbar aus der That folge, sondern bey allen erst der Richter durch ein Urtheil festsetzen müsse, welche Strafe verwirkt sey, so läßt sich hlerauf antworten, daß in dem röm. Rechte dergleichen Fälle gar nicht unbekannt sind, wo die Strafe auf die That unmittelbar folgt; denn man erinnere sich nur z. B. an die Fälle, wo die Confiscation unmittelbar eintritt, und solche daher auch noch gegen die Erben des Delinquenten vollzogen werden kann, wenn gleich derselbe bey

49) S. Io. Christ. Gostl. HEINECCI ad Edictum aedilitium forum spatio Cap. I. §. 13.

50) L. 20. Cod. Ex quib. caus. infam.

51) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 7.

52) L. 36. D. de obligat. et action.

bey seinen Lebzeiten noch nicht verurtheilt worden ⁵³⁾. Endlich steht unserer Eintheilung auch gar nicht entgegen, daß nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Carinus und Numerianus ⁵⁴⁾ nicht einmal ein Interlocut des Richters infamiren soll; denn da ist offenbar von einem solchen Falle die Rede, wo nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze die Wirkung der Infamie von einem richterlichen Definitivurtheil abhängt. Hier sind die Worte selbst: *Interlocutio Praesidis, quae indicta est, infamem eum, de quo quaeris, fecisse non videtur, cum non SPECIALITER ob injuriam vel admissam vim condemnatus sit, sed ita Praesidis verbis gravatus et admonitus, ut ad melioris vitae frugem se reformet.* Dieß geht nun wohl unstreitig auf die Worte des Prätorischen Edicts: *Infamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, etc. suo nomine DAMNATUS erit* ⁵⁵⁾.

§ 4

§. 379.

53) L. 14. D. de publican. et vectigal. Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. Nam, quod commissum est, statim definit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur. Add. L. 22. D. de Scito Silan. Tot. Tit. Pandect. de his, quae ut indign. aufer Tot. Tit. Si quis aliquem testari prohib. L. 9. D. de iure fisci u. a. m.

54) L. 19. Cod. Ex quib. caus. infam.

55) L. 1. D. h. t. Da diese L. 1. die Worte des Prätorischen Edicts von der Infamie enthält, und ich mich in der Folge öfters darauf beziehen müssen, so will ich hier nur die allgemeine Bemerkung noch machen, daß die Ueberschrift dieser Gesetzstelle: *JULIANUS libro primo ad Edictum*, unstreitig corrumpt ist. Denn es ist nicht bekannt, daß Julian libros ad Edictum geschrieben habe. Wahrscheinlich ist diese Stelle,

§. 379.

Fälle einer unmittelbaren Infamie nach römischen und
teutschen Rechten.

Mit einer unmittelbaren Infamie belegen die römischen
Gesetze

1) Gladiatoren, und Schauspieler. Erstere jedoch nur dann, wenn sie um Lohn fochten. Denn wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis seiner Geschicklichkeit und Erfahrungheit im Fechten zu geben, ward nicht ehrlos, es wäre denn, daß er hernach statt sich mit der Palme zu begnügen, doch noch den gewöhnlichen Fechterlohn (*auctoramentum*) angenommen hätte⁵⁶). Ein solcher entgieng der Infamie nicht. Denn so beliebt

so wie die folgenden Lege^s dieses Titels, aus *ULPIANI libro sexto ad Edictum* entlehnt, wie auch *Iac. LABITTUS* in *USU Indicis Pandect. Cap. VI. §. 6.* *Abr. WIELING* in *Prætermiff. ad Labittum* (*Iurisprud. Restitut. Part. II. pag. 230.*) *Ant. SCHULTING* ad *πρωτα* h. t. §. 3. *Pat. BONDAM* *Specim. animadversion. crit. cap. 13.* (in *ORLICH'S Thes. nov. Diff. Belgicar. Vol. II. T. II. pag. 224.*) und *Io. Bern. KOEHLER* *Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 43.* bereits bemerkt haben.

56) So sind die Worte der *L. 1. §. 6. D. de postulando* zu verstehen, wo *Ulpian* sagt: *Eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt, (sc. ut cum bestiis depugnarent) sine mercede, non teneri aiunt veteres; nisi in arena passifunt se honorari; eos enim puto, notam non evadere.* Denn *honorari se pati* heißt hier nichts anders, als in arena honorarium seu largitionem accipere, wie *Cass. Costa* in *var. ambiguitat. iuris Lib. I. cap. 28.* *Chr. Henr. TROTZ* in *Memoria propagata Lib. I. Cap. 6.* und besonders *Franc. Car. CONRADI* in *Progr. honoris*

beliebt auch die Fechterspiele bey den Römern waren ⁵⁷⁾, so verachtet waren dennoch die Gladiatoren, und insonderheit die Bestarien, weil man anfänglich blos Sklaven und verurtheilte Verbrecher dazu bestimmte ⁵⁸⁾. Es war daher für freygebohrne Römer unschicklich und schändlich, bloß aus Gewinnsucht sein Leben um einen geringen Lohn dem Schwerd oder einer wilden Bestie Preis zu geben ⁵⁹⁾. Man hielt dieß für so niederträchtig, daß auch schon derjenige die Ehrlosigkeit sich zuzog, der sich nur zu einem solchen Thiergefechte hatte dinge lassen, wenn er auch nachher wirklich nicht gefochten hatte ⁶⁰⁾. In keiner größern Achtung

§ 5

ris in arena se honorari passos infamantis veram rationem exquir. Helmst. 1744. aus den Basilicis, und des *motus Nomenclator* Tit. XIII. cap. 21. gezeigt haben.

57) CICERO *pro Sextio* cap. 59.

58) L. 1. §. 1. in fin. *D. de aedilit. edicto*. L. 31. *D. de poenis*. Solche Delinquenten wurden vorher zu einem solchen Thiergefecht eine Zeitlang exercirt; daher sagte man von ihnen, sie wären *ad ludum venatorium* verurtheilt worden. L. 8. §. 11. *D. de poenis*. Man sehe BRANCHU *Observation. iur. Rom. Dec. I. Cap. 5.*

59) MANILIUS *Astronom.* Lib. IV. v. 314. sagt von den Gladiatoren: *caput in mortem vendunt, et fumus arenae*: und SENECA *Epist.* 7. macht eine abschreckende Schilderung von der Grausamkeit dieser Fechterspiele. Uebrigens handeln von den *ludis gladiatoriiis* sehr ausführlich LIRSIVS *de Amphiteatro*, Adam im *Handbuch der röm. Alterthümer* 2. Th. S. 610. ff. und Mayer in den erläuternden Anmerkungen darüber. S. 622. ff.

60) L. 1. §. 6. *D. de postul.* Qui locavit, solus notatur, sive depugnaverit, sive non. Add. L. 3. §. 5. *D. de testib. et conf.* Pet. FABRI *Semestr.* Lib. II. cap. 12. pag. 183. seqq.

tung standen bey den Römern die Schauspieler, welche *artis ludicrae causa* auf der Bühne erschienen, um das Volk durch Mimen und Pantomimen für Geld zu belustigen. Pantomimen hießen stumme Vorstellungen, in welchen die *Acteurs*, die man von ihrer Kunst ebenfalls *Pantomimos* nannte, alles durch Tanz und Gefikulation, ohne zu reden, ausdrückten. Mimen hingegen waren keine stumme Vorstellungen, sondern die *Acteurs*, die man ebenfalls *Mimos* nannte, suchten mit der Stimme und mit Worten allerhand Charaktere auf eine lächerliche und oft sehr unanständige Weise nachzuahmen ⁶¹⁾. Diese Schauspiele auf der Bühne, oder *ludi scenici*, sind keine römische Erfindung, sondern wurden im Jahr der Erb. Roms 340. von den Hetruskern entlehnt ⁶²⁾. Daher nannte man auch die Schauspieler von dem thurscischen Worte *hister* i. e. *ludio*, *Histriones*. Man rechnete sie zur niedrigsten Classe des Pöbels, denn die Schauspiele wurden gewöhnlich nur von Ausländern, Freygelassenen, Sklaven und Huren aufgeführt. Kein Wunder, wenn sie der Prätor für ehrlos erklärte ⁶³⁾. Die

Far.

61) Man sehe Oct. FERRARIJ Diss. de Pantomimis et Mimis, Franc. de AMAYA Observation. iuris Lib. III. Cap. 5. n. 6. seqq. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Inl. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. §. 7. pag. 122. seqq. und Adam im angef. Handbuch. 2. Band. S. 635. ff.

62) VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. Cap. 7. §. 6.

63) Die Worte des Prätors in der L. 1. D. h. t. Qui artis ludicrae, pronunciamdive causa, in scenam prodierit, erklären sich nun aus dem, was ich von Mimen und Pantomimen gesagt habe. Man verbinde damit noch L. 2. §. 5. D. h. t. und L. 4. D. de accusat. Siehe auch n. d. lac. GUTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theodof. de Ulu sellatum Tom. V. pag. 456.

Sarzen, die sie vorstellten, waren oft so obscen, so voll von Zoten, daß sogar unter der sonst sittenlosen Regierung des Tiberius ein Verbot ergieng, daß kein Senator die Häuser der Pantomimenspieler besuchen, und kein Ritter sie auf den Strassen begleiten sollte ⁶⁴). Merkwürdig ist es jedoch, daß derjenige noch nicht für ehrlos gehalten wurde, der sich bloß zu einem Schauspiel hatte dinge lassen, ohne nachher die Bühne betreten zu haben. Haec enim res, sagt Gajus ⁶⁵), non est adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat. Den römischen Histrionibus sind zwar heutiges Tages die herumziehenden Marionetenspieler, Seiltänzer, Affen- und Bärenführer, und dergleichen Gauckler, welche im Sachsenspiegel ⁶⁶) Spielleute genannt werden, gewissermassen gleich zu achten; allein die Verachtung, in welcher solche Bagabonden stehen, ist doch mehr nur Anrüchigkeit, als wirkliche Infamie ⁶⁷). Auf keine Weise aber paßt die römische Verordnung auf die heutigen ordentlichen und privilegierten Schauspielergesellschaften ⁶⁸). Die römischen Fechterspiele sind heutiges Tages ganz unbekannt,

64) TACITUS *Annal. Lib. I. cap. 77.* Wer sich übrigens von den unanständigen Gestikulationen der römischen Schauspieler einen Begriff machen will, lese LACTANTIUS *de vero cultu lib. VI. cap. 20.*

65) L. 3. D. h. t.

66) Buch I. Art. 37. Diese Stelle erläutert sehr gut Phil. Lud. HUTH in *Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia §. 10.*

67) Danz *Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 301. C. 63.*

68) STAYK *Ul. Mod. Pandect. h. t. §. 7. et 8.* RUNDENS *Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 310.* МОЗАККА *Princip. iuris civ. Rom. germ. T. I. §. 321.*

kannt, sie wurden ihrer Grausamkeit wegen schon unter den christlichen Kaisern, und zwar zuerst vom Constantin, jedoch nur im Orient⁶⁹⁾, nachher aber vom Kr. Honorius⁷⁰⁾ auch im Occident, und insonderheit in Rom verboten. Eine andere Art gedungener Kämpfer war zwar bey den Deutschen im Mittelalter bekannt, deren eben, falls der Sächsen Spiegel⁷¹⁾ Erwähnung thut. Diese Kämpfer waren eigentlich solche Leute, welche sich vor Geld für andere schlugen, die nach den Rechten der damaligen Zeit zum gerichtlichen Zweykampf waren aufgefordert worden⁷²⁾. Man nannte sie auch *Campioness*⁷³⁾. Allein sie waren eben so, wie die sogenannten Rassenritter, die mit den römischen Arenariis mehrere Aehnlichkeit hatten,

69) L. un. Cod. Justin. de Gladiatore. penitus tollend.

70) THEODORATUS Lib. V. cap. 26. Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodof. de Gladiatore. Tom. V. pag. 451. seq.

71) a. a. O.

72) Glosse des Sächsen Spiegels. 1. Buch. Art. 39. Kämpfer sind solche Leute, die Geldes halben streiten; dadurch sie denn schaltbar und anruchtig werden. Ferner Glosse des Sächsischen Weichbilds Kap. 35. nr. 5. Daß sind aber die Kämpfer, die für die Leute kämpfen um Geld. Die aber kämpfen für ihr selbst Ehr, solcher Kampf mag wohl gesehen mit Recht. Man vergleiche nach Sächsen Spiegel 1. Buch. Art. 48. und Schwäbisches Landrecht Kap. 174. Verschieden von denselben waren die Rassenritter, welche sich öffentlich vor Geld mit Hunden, Rassen und andern Thieren herumbalgten. Von beyden handelt mit vieler Gelehrsamkeit MUTH in der angef. Dissertation §. 9.

73) E. DU FRESNE in Glossario v. Campio.

ten, anrücklich 74) und schon die Glosse des Sachsenspiegels 75) hat bemerkt, daß dergleichen Kämpfen auch bey den Deutschen längst aufgehoben worden sey.

2) Oeffentliche Huren, welche sich ohne Auswahl, entweder aus Gewinnsucht, oder auch ohne Lohn, blos aus thierischer Geilheit, dem Liebesgenusse eines Jeden überlieffen 76); und solche, welche Hurenwirtschaft trieben, d. i. feile Weibspersonen, zum Gebrauch des Pöbels, unterhielten 77). Beyde waren zwar strafflos, wenn sie ihr Gewerbe unter der Auctorität und Aufsicht der Aedilen trieben 78). Denn, um größere Uebel zu vermeiden, duldeten die Römer unter gewissen Einschränkungen die Bordelle 79). Allein die römischen Gesetze erklären sie für

74) Sachsenspiegel I. B. Art. 37.

75) Ad Art. 39. Lib. I.

76) L. 43. pr. et §. 1. 2. et 3. D. de ritu nupt.

77) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 43. §. 7. 8. et 9. D. de ritu nupt.

Man hat jedoch in der Folge noch andere Bedeutungen mit dem Worte *Lena* verbunden, welche der Hr. Geh. Justizr. Klein in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 418. anführt.

78) TACITUS Lib. II. *Annal.* cap. 35. erzählt, *Vistiliam, praetoria familia genitam, licentiam stupri apud Aediles vulgasse, more inter Veteres recepto, qui satis poenarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii credebant.*

79) L. 27. §. 1. D. de heredit. petit. Hierauf bezieht sich auch, wenn Ulpian L. 4. §. 3. D. de condict. ob turpem caus. sagt: *illam turpiter quidem facere, quod sit meretrix, sed non turpiter accipere sc. mercedem, cum sit meretrix.* S. Em. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 12. Io. Gottl. HAINZLIUS ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 1. §. 11. RIVINUS in Diss. de muliere quaestuaria, Viteb. 1733.

für ehrlos ⁸⁰⁾). Öffentliche Huren mußten sich daher durch eine besondere Kleidung, welche Ulpian ⁸¹⁾ vestem meretriciam nennt, von andern ehrbaren Frauengimmern unterscheiden, und Suetonius ⁸²⁾ sagt: sie waren *iure et dignitate matronali exsolutae*. Insonderheit aber waren die Hurenwirthe bey den Römern so verachtet, daß man von demjenigen, der auch nur mit ihnen umgieng, wenn er auch gleich sonst nichts that, sagte, *eum rem fidemque perdere*, wie sich Plautus ⁸³⁾ ausdrückt. Da Keuschheit eine der vier Haupttugenden war, deren unsere Vorfahren sich befleißigten, so darf man sich nicht wundern, wenn öffentliche Huren sowohl als Kuppler und Kupplerinnen auch in den teutschen Reichsgesetzen für ehrlos erklärt werden ⁸⁴⁾).

3) Zu-

80) L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. Non solum ea, quae facit (palam quaestum), verum ea quoque, quae fecit, etsi facere desit, Lege notatur: neque enim aboletur turpitudine, quae postea intermissa est. — §. 6. Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere. Add. L. 1. D. h. t. L. 3. §. 5. D. de testib. et L. 4. D. de accusat.

81) L. 15. §. 15. D. de iniur.

82) in Thiberio. Cap. 32.

83) Curcul. Act. IV. Scen. II. v. 16. sqq. Man sehe auch REINECCIUS cit. loc. §. 12.

84) Reichspoliceyordn. vom Jahr 1577. Tit. 10. Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 122. Man sehe besonders Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Spruchwörtern. 2. Abth. Nr. III. S. 85. ff. Runder's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 305. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 3. Th. §. 301. S. 62. und §. 305. S. 72.

3) Tutoren und Curatoren, welche ihre Pflēg-
befohlene vor Ablegung der Rechnung und vor Ablauf
der zur Nachsuchung der Wiedereinsetzung in den vori-
gen Stand festgesetzten Zeit ohne besondere Erlaubniß ent-
weder selbst heyrathen, oder ihrem Sohne zur Ehe ge-
ben ⁸⁵⁾. Solche Vormünder werden nach dem röm. Rech-
te

85) L. 66. pr. D. de ritu nupt. Non est matrimonium, si tutor
vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum,
non desponsam a patre, nec testamento destinatam, ducat uxore,
vel eam filio suo iungat; quo facto uterque infamatur,
et prodignitate pupillae extra ordinem coercetur. Nec inter-
est, filius sui iuris, an in patris potestate sit. Diese Verord-
nung gründet sich auf ein *Senatusconsultum ad orationem D.
MARCI et ANTONINI conditum*, wie aus der L. 59. und der
Inscription der L. 60. D. eod. erhellet. Wenn es in der
angeführten Stelle heißt: *intra vicesimum et sextum annum*,
so bezieht sich dieses darauf, daß nach dem Altern röm.
Rechte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *intra an-
num utilem*, gesucht werden mußte, dieser Zeitraum aber erst
mit dem eingetretenen sechs und zwanzigsten Jahre zu laufen
anfieng. Man sieht dieses noch deutlicher aus der L. 6. C.
de interdicto matrim. int. pup. et tutor. Weil jedoch Justir-
nian in der L. ult. C. de tempor. in int. restitut. jenen an-
num utilem in ein quadriennium continuum verwandelt hat,
so durfte nun nach diesem neuern Rechte der Vormund seine
Pupillin nicht vor ihrem 29. Jahre heyrathen, wenn er auch
gleich schon Rechnung abgelegt hatte. Man sehe Io. Ortow. *WES-
STENBERG* in Divo Marco Diff. XLV. §. 24. (*Operum. Tom.
III. p. 392.*) Endlich bemerke ich noch, daß die Worte: *quo facto
uterque infamatur*, nicht auf den Tutor und seinen Sohn,
sondern vielmehr auf den Tutor und Curator gehen, von wel-
chen vorher die Rede war. Den Sohn, welcher aus Ehe-
sam gegen seinen Vater eine gesetzlich verbotene Ehe schließt,
ent-

te darum für ehelos gehalten, weil man glaubte, daß sie die Ehe mit ihrer Pflegbefohlenen aus keiner andern Absicht eingegangen hätten, als um die Ablegung der Rechnung zu vermeiden, und ihre begangene Untreue dadurch zu decken⁸⁶). Einen weitem Beweis hiervon hielt man nicht für nöthig. Die bloße Eingehung einer solchen Ehe schien schon allein den römischen Gesetzgebern hinreichend zu seyn, um den Vormund für geständig und überwiesen zu halten⁸⁷). Auf diese

entschuldigt Ulpian selbst in einem ähnlichen Falle L. 11. §. ult. D. de his, qui not. infam. und führt den ganz allgemeinen Grund an: nam et qui obtemperavit, venia dignus est, et qui passus est ducere, notari debet ignominia. Auch die Kr. Diocletian und Maximian erklären in der L. 7. C. de interdicto matrim. inter pup. et tut. seu curat. bloß den Vormund für ehelos, aus einem Grunde, der auf den Sohn desselben nicht anwendbar ist. Mit mir stimmt überein Ant. FABER in Iurisprudentia Papinian. (Lugd. 1607.) Tit. IX. Princip. I. Illat. 11. pag. 348. seqq. Uebrigens ist hier noch überhaupt anzuführen Ios. Lud. Ern. FÜTTMANN Progr. ad Orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783.

86) L. 67. §. 3. D. de ritu nuptiar. — Quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur: quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio Divi MARCI continet. Noch andere Gründe führen WESTENBERG C. I. §. 17. UND FÜTTMANN C. I. 48.

87) L. 7. C. de interdicto matrim. inter pup. et tutor. Si tutor, vel curator pupillam, vel adultam quondam suam sibi, vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, veluti confessum DE TUTELA: quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit. Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich G. I. BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. §. 9.

diese Infamie nimmt man jedoch, nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten ⁸⁸⁾, heutiges Tages keine Rücksicht mehr. Denn da bey uns die Vormünder einer viel strengern obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen sind, als bey den Römern, selbige auch alle Jahr Rechnung ablegen müssen, und dazu von obrigkeitlichen Amtswegen angehalten werden können; so fällt freylich der Grund jenes Verdachts heut zu Tage weg, welchen die röm. Gesetzgeber gegen die Ehe des Vormundes mit der Pflégbefohlenen vor abgelegter Rechnung hegten. Hierzu kommt, daß ein Vormund nach dem heutigen Rechte nicht einmal in iudicio tutelae durch richterliches Urtheil ehrlos wird, wenn er nicht namentlich wegen eines überwiesenen Betrugs verurtheilt worden ist. Um so weniger kann man ihn also wegen eines in den Gesetzen nur fingirten Geständnisses für ehrlos halten ⁸⁹⁾.

4) Diejenigen, welche mit mehreren zugleich eine Ehe, oder auch nur ein Eheverlöbniß eingehen. Auch diese sind nach dem Edict des Prätors ipso

88) STRYK Ul. mod. Pandect. Tit. de ritu nupt. §. 10. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. infin. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 94. §. 8. HOMMEL Rhapsod. quæst. for. Vol. I. Obs. 210. Reg. 7. n. 322. und Observ. 211. v. Tutor. pag. 370. Gs. LUD. BOEHMER cit. Diff. §. 9. HOPACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 126. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 307. S. 75. folg.

89) Man sehe hier vorzüglich BOEHMER cit. Diff. §. 9.
Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. M

ipso facto ehrlos ⁹⁰⁾). Allein in Teutschland findet auch deswegen keine Infamie weiter statt ⁹¹⁾; sondern es ist in Ansehung der Bigamie nach dem in der Praxis schon oben angeführtermassen (§. 377.) angenommenen Grundsatz, lediglich darauf zu sehen, ob die deßhalb zu erkennende Strafe an sich infamirt; und wegen des *criminis binorum sponsaliorum* hat schon das canonische Recht die Strafe der Infamie abgeschafft ⁹²⁾; daher man deßhalb heutiges Tages nur auf eine willkührliche Strafe, die gewöhnlich in einer mässigen Geldbusse oder in Gefängniß besteht, zu erkennen pflegt ⁹³⁾). Nicht minder werden

5) Wittwen, welche während des Trauerjahrs ohne erhaltene Dispensation sich wieder verheyrathen, so wie auch diejenigen, welche wissentlich und freywillig die Ehe mit ihnen schliessen, nach den röm. Rechten ehrlos ⁹⁴⁾). Man nahm
hier

90) *L. 1. D. h. t.* Merkwürdig ist, was Ulpian *L. 13. §. 4. D. eod.* sagt: *Cum factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest, vel fas non est: erit notatus.*

91) *S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 211. v. Bigamus.* Ebender selbe in *Epitome sacri iuris Cap. LIII. §. 44.* und *Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 152. Not. ***.* *S. 315.*

92) *Cap. 1. et 31. X. de Sponsal.*

93) *S. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1: Th. §. 472. Not. **. S. 714.*

94) In der *L. 1. D. h. t.* wo die Worte des Edicts angeführt werden, ist zwar eigentlich nur von dem Vater die Rede, welcher seine verwittwete Tochter, die noch in seiner väterlichen Gewalt ist, vor Ablauf der gesetzlichen Trauerzeit schon wieder verheyrathet, deßgleichen von demjenigen, welcher, frey von

hier immer den Fall als möglich an, daß die Wittwe sich von ihrem verstorbenen Mann schwanger befinden könnte,

M 2

und

von der väterlichen Gewalt, mit einer solchen Wittwe, die noch ihren Mann betrauert, wissentlich eine Ehe schließt. Hingegen von der Infamie der Wittwe selbst, welche während der Trauerzeit zur zweiten Ehe schreitet, wird hier ausdrücklich nichts erwähnt. Allein Tribonian ließ vermuthlich die hierher gehörigen Worte des Edicts darum weg, weil er glaubte, dieß sey ohnehin bekannt, und verstehe sich aus dem Zusammenhange von selbst. Denn daß der Prätor auch die Wittwe in seinem Edict mit der Ehrlosigkeit belegt habe, erhellet aus der L. 11. §. 3. D. h. e. L. 13. C. Ex quib. caus. infam. irrog. L. 1. et 2. C. de sec. nupt. und Nov. XXII. cap. 22. Wenn übrigens Io. Conr. RÜCKER Observation. Cap. I. in der L. 1. h. e. nach den Worten: cum eum mortuum esse sciret, das Comma weggestrichen, und die folgenden Worte: intra id tempus, quo elugere virum moris est, ohne Unterscheidungszeichen mit jenen verbunden wissen will, weil sonst nicht nur die nachfolgenden Worte: antequam virum elugere, eine unnütze Tautologie enthielten, sondern auch die offenbare Ungereimtheit daraus entstehen würde, als ob der Vater alsdann straflos sey, wenn er seine Tochter, ohne zu wissen, daß ihr Mann tod sey, schon wieder an einen andern verheyrathet hätte; so hat schon Ios. Lud. Ern. RÜTTMANN in Interpretat. et Observat. iur. Rom. Cap. 33. §. 2. dagegen erinnert, daß dergleichen Tautologien in den Gesetzen der Pandecten nicht ungewöhnlich sind, und jene vorgegebene Ungereimtheit wegfallen, wenn man, wie auch Scip. GENTILIS de secundis nuptiis Cap. 18. pag. 138. diesen Fall annimmt, bedenkt, daß der Vater aus wahrscheinlichen Gründen kann geglaubt haben, sein Schwiegersohn sey tod, zumal da nach den Gesetzen der Pandecten eine Ehe auch morte civili, nämlich durch Gefangenschaft oder Deportation aufgehoben wurde. L. 1. D. de divort. L. 56. D. sol. matrim. Ein solcher ver-

zeig

und besorgte daher aus der zu frühen Ehe, wie Ulpian ⁹⁵⁾ sagt, *turbationem sanguinis*, oder, wie Justinian ⁹⁶⁾ sich ausdrückt, *generationis aut seminis incertitudinem*. Daß die Verhütung einer solchen Ungewißheit in Ansehung der Geburt, die daraus entsteht, wenn die Wittve sich gleich wieder nach ihres Mannes Tode verheyrathet, wo es alsdann immer zweifelhaft bleibt, ob das Kind, was sie in der zwey-

ten

zeilicher Irthum, in welchem sich der Vater in Ansehung des Todes seines Schwiegersohns befinden konnte, schloß also billig jene Strafe der Ehrlosigkeit aus; und mit Recht sagt in dieser Rücksicht der Prätor, daß der Vater nur dann infam seyn solle, wenn er gewiß gewußt, daß sein Schwiegersohn tod sey, und er dennoch, ehe die gesetzliche Trauerzeit verfloßen gewesen, seine verwitwete Tochter während derselben schon wieder einem andern zur Ehe gegeben hätte. Es ist daher auch nicht gerade nothwendig, in der L. 8. D. h. t. wo es heißt: *genero mortuo, merito adiecit Praetor, cum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur*; mit RÜCKER c. 1. nach den Worten: *cum eum mortuum esse sciret*, annoch beyzufügen, *intra id tempus, quo elugere virum moris est*; und diese Unwissenheit, die hier dem Vater zur Entschuldigung gereichen soll, mit Franc. de AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. blos von einer Unwissenheit in Ansehung der Zeit des Todes seines Schwiegersohns zu verstehen, als ob nämlich der Vater nur dann Entschuldigung verdiene, wenn er aus einem vergeßlichen Irthume geglaubt habe, daß die Trauerzeit bereits verfloßen gewesen, als er seine Tochter wieder verheyrathete. Zu dessen hat doch Io. Bern. KORNELIUS Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 44. seqq. den RÜCKER wider Müttmann zu vertheidigen gesucht.

95) L. 11. §. 1. D. h. t.

96) L. 53. §. ult. Cod. de Episcop. et Cler.

ten Ehe gebiert, von dem erstern oder von dem zweyten Ehemanne sey, für den ursprünglichen und also unstreitig für den Hauptgrund jener römischen Verordnung zu halten sey ⁹⁷⁾, kann wohl mit Grunde nicht geleugnet werden, wenn man erwägt, 1) daß die Wittwe anfänglich nur zehn Monate ihren Mann betrauert habe, ohngeachtet das römische Colenderjahr schon seit Numa Pompilius aus zwölf Monaten bestand; denn schon von den ältesten Zeiten an, ja, wie Gellius ⁹⁸⁾ lehrt, schon in den zwölf Tafelgesetzen, war zum Grundsatz angenommen, daß die vollkommene Geburt eines Menschen längstens mit dem zehnten Monate eintrete ⁹⁹⁾; 2) daß eine Wittwe die gesetzlich bestimmte Trauer-

M 3

zeit

97) Man sehe hierüber besonders nach Em. MERILLII *Observation. Lib. V. cap. 30.* Corn. van BYNCKERSHOECK *Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12.* Greg. MAJANSII *Diff. de viduarum luctu §. 13.* (in eius *Disputat. iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVII. pag. 178. seqq.*) Io. Bern. KOHLER *Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 46. seqq. und Io. Ern. Bern. ZMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 3. Not. h. T. I. pag. 291.*

98) *Noct. Attic. Lib. III. cap. 16.* — Quoniam Decemviri in decem mensibus gigni hominem scripserunt.

99) Hierauf zielt auch OVIDIUS *Lib. I. Fastorum*, wenn er sagt:

Tempora digereret cum conditor Urbis, in Anno
Constituit menses quinque bis esse suo.

Scilicet arma magis, quam sidera, Romule, noras
Curaque finitimos vincere maior erat.

Est tamen et ratio, Caesar, quae moverit illum,
Erroremque suum, quo tueatur, habet.

Quod satis est, utero matris dum prodeat infans;
Hoc anno statuit, temporis esse satis.

Per

zeit dennoch halten mußte, wenn gleich ihr Mann, eines begangenen Verbrechens wegen, ein solcher war, quem more majorum lugeri non oportet ²⁰⁰⁾; und daß es 3) ihr nur dann erlaubt war, noch vor Ablauf der Trauerzeit sich wieder zu verheyrathen, wenn sie während derselben bald nach ihres Mannes Tode niedergekommen, und folglich nun keine confusio sanguinis weiter zu befürchten war.²⁾ In der Folge trat indessen noch ein anderer Grund hinzu, wodurch die Gesetzgeber die Strenge jener Strafe zu rechtfertigen suchten, welche eine während der Trauerzeit eingegangene Ehe zur unmittelbaren Folge hatte. Man sah nämlich eine solche frühzeitige Ehe zugleich als eine Verletzung des öffentlichen Wohlstandes und der Ehrerbietung an, welche eine Wittve dem verstorbenen Manne noch schuldig ist³⁾. In dieser Rücksicht verwandelte daher auch Kr. Theodosius der große die zehnenmonatliche Trauerzeit der

Per totidem menses a funere coniugis uxor

Sustinet in vidua tristitia signa domo.

Hoc igitur vidit trabeati cura Quintini,

Cum rudibus populis annua iura daret.

100) L. 11. §. 1. et 3. D. h. t.

a) L. 11. §. 2. D. eod.

2) Cujacius Observation. Lib. VI. cap. 32. Franc. de Amaya Observat. Lib. I. cap. 2. n. 13. Scip. Gentilis de secundis nuptiis cap. 18. pag. 125. seqq. Ant. Schulting ad *Πρωτα* Pandect. h. t. §. 4. Ger. NooDt ad Digesta h. t. (Operum Tom. II. pag. 80.) Io. Kirchmann de funeribus Romanor. Lib. IV. cap. 10. pag. 413. seq. Io. Conr. Rücker Observation. cap. 1. Greg. Majansius cit. Disputat. iuris civ. Tom. II. Disp. XLVII. §. 18. in fin. und besonders Rüttmann Interpretat. et Observation. iuris Rom. Cap. 33. pag. 166.

der Wittwen in eine zwölfmonatliche ³⁾, und sagt ausdrücklich, daß eine Wittwe, welche das Trauerjahr nicht gehalten, schon darum allein die Infamie verdiene, *quod religionem priori viro nuptiarum festinatione haud praestiterit*, sie möge sich von ihm schwanger befinden, oder nicht ⁴⁾; womit auch Justinian übereinstimmt, wenn er von einer solchen Wittwe, die vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern Ehe schreitet, sagt, *eam negligere mariti memoriam*, und verdiene schon *propter solam honestatem* die gesetzliche Strafe ⁵⁾. Dagegen war es einer Wittwe nicht verboten, während des Trauerjahrs ein gültiges Eheverlöbniß zu schließen ⁶⁾. Ja es hielt auch nicht schwer, vom Kaiser eine Dispensation zu erhalten, um selbst zur andern Ehe schreiten zu dürfen, nur mußte bey der Wittwe keine Schwangerschaft zu vermuthen seyn ⁷⁾. Da übrigens keiner der angeführten Grün-

M 4

de

3) L. 2. Cod. de sec. nupt. Es ist also ein Irrthum, wenn Scip. GENTILIS de secundis nuptiis Cap. 18. p. 124. Höpfer im Commentar über die Institutionen §. 141. No. 3. u. a. m. dem Kr. Justinian die Verwandelung der zehnmonatlichen Trauerzeit in ein ganzes Trauerjahr zuschreiben wollen. S. Jac. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 20.

4) L. 1. Cod. de sect. nupt. L. 4. Cod. ad Scutum Tertull.

5) Nov. XXII. Cap. 40.

6) L. 10. §. 1. D. h. t. Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse, non nocet. Man sehe auch RÜTSMANN Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 10.

7) L. 10. pr. D. h. t. Solet a Principe impetrari, ut intra legitionum tempus mulieri nubere liceat. Daß jedoch die röm. Kaiser zuweilen auch einer schwangern Wittwe eine solche Dispensation ertheilt haben, beweisen die Beyspiele, welche GENTILIS de secund. nuptiis Cap. 18. pag. 141. angeführt hat.

Zurück

de auf den Wittwer paßt, so war es diesem nach römischen Rechten erlaubt, gleich nach der Frauen Tode sich wieder zu verheirathen, ohne eine Trauerzeit abwarten zu dürfen⁸⁾. Das canonische Recht hat jedoch der Wittwe nicht nur die Strafe der Ehrlosigkeit erlassen, sondern auch sogar das Trauerjahr selbst aufgehoben⁹⁾. Ob nun gleich nicht zu leug-

Zuweilen pflegte zwar auch der Senat den Wittwen aus besondern Ursachen zu erlauben, die Trauerkleider abzulegen, allein diese Erlaubniß gab den Wittwen noch kein Recht, zur zweiten Ehe zu schreiten, wie aus der L. 15. C. Ex quib. caus. infam. irr. erhellet. S. Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 19. et 20. (*Dissertat. iur. civ. T. II. pag. 123. seq.*) und FORSTER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XIX. Not. 1.

8) L. 9. D. h. t. Nov. XXII. cap. 22. Hierher gehört auch SENECA *Epist.* 63. wo er sagt: *Annum (sc. Romuleum) feminae ad lugendum constituere maiores; viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.*

9) *Con. 7. Caus. II. Quaest. 3.* Non fiunt infames lege canonum omnes quos leges seculi infames pronunciant, — quod etiam de ea fateri cogimur, quae intra annum luctus nubit; cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori; et iure poli, mortuo viro, soluta est a lege viri, ut nubat, qui vult. *Cap. 4. X. de secund. nupt.* Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra annum luctus, respondemus, quod cum Apostolus dicat: *mulier, viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui, et in Domino nubat, cui voluerit*: per licentiam et auctoritatem Apostoli eius infamia aboletur. — *Cap. 5. X. eod.* Cum secundum Apostolum mulier, mortuo viro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem, non debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae licet post viri obitum intra tempus luctus, scilicet unius anni spatium, nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate, cum in his praesertim seculares leges non dedignentur sacros canones imitari.

leugnen ist, daß diese päpstliche Verordnung auf keinem überzeugenden Grunde beruhet, indem der Apostel Paulus ¹⁰⁾, auf den sich der Pabst beruft, wohl nicht die Absicht gehabt hat, jenem gesetzlichen Verbote geradezu zu widersprechen ¹¹⁾; so kommt es nun doch, nachdem wir das canonische Recht in Deutschland einmal aufgenommen haben, wie auch schon Struben ¹²⁾ bemerkt hat, nicht mehr darauf an, ob die heilige Schrift von den Päbsten recht verstanden worden, mithin ihre Verordnung auf gute Gründe gebauet ist; sondern es ist nur bloß darauf zu sehen, was sie haben verordnen wollen; und da ist es denn wohl keinem weitem Zweifel unterworfen, daß sie den Wittwen ausdrücklich erlauben, während des Trauerjahrs zur andern Ehe zu schreiten, und daher das römische Eheverbot aufgehoben haben ¹³⁾. Der Auctorität des päpstlichen Rechts ist es dem-

M 5

nach

10) I. Corinth. VII. v. 39. Römer VII. v. 3.

11) Denn in den angeführten beyden Stellen widerlegt der Apostel eigentlich bloß den Irrwahn seiner Zeitgenossen, welche die zweyte Ehe für schlechterdings verboten hielten. S. GENTILIS de secund. nupt. Cap. 18. p. 142. und KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 57.

12) Rechtliches Bedenken 3. Th. Ved. 16. S. 92.

13) Der seel. Hofrath Schott in der Einleitung in das Ehe-recht §. 106. behauptet zwar, das canonische Recht habe nur, statt der in dem Röm. Recht verordneten Strafe der Ehrlosigkeit, die Kirchenbuße eingeführt, übrigens aber das Verbot beybehalten. Eben so Hr. Prof. Dabelow in den Grundsätzen des allgem. Eherechts §. 292. Allein die in der Not. 9. angeführten Stellen des canon. Rechts enthalten von einer vermeintlichen Kirchenbuße nichts, Es wäre auch ein offener Widerspruch, eine solche Strafe zu verordnen, und doch

nach unstreitig zuzuschreiben, daß heut zu Tage jene Strafe der Ehrlosigkeit weder bey den Catholiken noch Protestanten mehr im Gebrauche ist, und daß auch in den meisten Orten Teutschlandes von den Wittwen kein Trauerjahr mehr gehalten wird, sondern selbige entweder nach ihrer Entbindung sogleich wieder zur zweyten Ehe schreiten können, oder doch allenfalls zur Vermeidung aller Ungewißheit in Ansehung der Generation, nur längstens eine Zeit von neun Monaten abwarten dürfen ¹⁴⁾). Denn insofern bey der Wittwe noch Schwangerschaft zu vermuthen ist, kann ihr auch heutiges Tages die anderweite Verheyrathung sogleich nach des Mannes Tode um so weniger gestattet werden, je mehr nicht nur eine solche Ehe an sich der natürlichen Pflicht der Ehrbarkeit und des Wohlstandes zuwider seyn, sondern auch die daraus entstehende incertitudo sobolis wegen der Erbfolge nachtheilige Folgen für den Staat haben würde. Daher sind darin sowohl catholische als protestantische Rechtsgelehrten einig, daß in diesem Falle die Disposition des canonischen Rechts unanwendbar sey ¹⁵⁾), und es haben in dieser

zu sagen, daß eine Wittve nach dem Tode ihres Mannes a lege viri lui völlig frey sey, und daher sogar nach der heiligen Schrift die Erlaubniß habe, während des Trauerjahrs sich wieder zu-verheyrathen. Mit mir stimmen überein Zeg. Bern. van ESYEN in Iure Eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 3. §. 10. 11. et 12. Paul. Jos. a RIEGGER Institut. iurispud. eccles. T. IV. §. 236. und besonders I. L. E. RÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17.

14) VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Tit. de ritu nupt. §. 98. und desELCROW Select. capita doctrinae de infamia. Sect. II. §. 7.

15) Man vergleiche besonders Car. Sebasti. BERARDI Commentar. in ius ecclesiast. univers. (Venetiis 1773. 4.) Tom. III.

fer Rückkehr die meisten teutschen Landesgesetze eine gewisse Zeit, welche bald in mehreren bald in wenigern Monaten, nicht leicht aber in einem ganzen Jahre besteht ¹⁶⁾, der Wittwe vorgeschrieben, die sie beobachten muß, ehe sie zur zweiten Ehe schreiten darf, wosern sie nicht eine willkührliche, entweder Geld- oder Gefängnißstrafe ¹⁷⁾ befürchten will. Da nun also die Strafe der Ehrlosigkeit in Ansehung der Wittwen heut zu Tage aufgehoben ist, so kann sie auch wohl der Analogie nach in Ansehung desjenigen nicht mehr statt finden, der eine Wittwe vor Ablauf der Trauerzeit wissentlich geheyrathet hat, wenn gleich das canonische Recht hiervon ausdrücklich nichts erwähnt.

Ausser denen, welche der Prätor in seinem Edict unmittelbar mit der Ehrlosigkeit belegt hat, sind noch folgende nach den römischen Civilgesetzen infam:

6) die

Diff. IV. Cap. 7. pag. 141. *de coccejus civ. contr. h. t. Qu. 5.* und KOEHLER cit. *Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 54.*

16) Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preussischen Staaten II. Th. Tit. I. §. 19. u. 20. sollen Wittwen, welche sich aus der vorigen Ehe geständlich oder notorisch schwanger befinden, nicht vor ihrer Entbindung, ausser diesem Falle aber nicht eher, als nach neun Monaten, von Zeit der Trennung der vorigen Ehe angerechnet, sich wieder verheyrathen dürfen. Ein Wittwer soll zwar auch, der Wohlstandigkeit wegen, eine Trauerzeit halten, sie besteht aber, nach §. 24. des angef. Titels, nur in einem Verlauf von sechs Wochen.

17) LAUTERBACH Colleg. ib. pract. Pandectar. h. t. §. 12. und Höpfner im Commentar §. 111.

6) die im Ehebruche betroffen worden sind ¹⁸⁾, welche jedoch heutiges Tages nur in sofern ehrlos werden, als sie deßhalb zu einer infamirenden Strafe sind verurtheilt worden ¹⁹⁾.

7) Die einen unerlaubten Zinswucher öffentlich getrieben haben ²⁰⁾. Allein daß auch die deßhalb in dem römischen Rechte verordnete Ehrlosigkeit heut zu Tage nicht mehr in Anwendung komme, ist, nach dem Gerichtsbrauch, keinem Zweifel unterworfen ²¹⁾.

8) Die einen beschwornen Vergleich vorsätzlich gebrochen haben ²²⁾. Hiervon ist schon an einem andern Orte (S. 73.) umständlicher gehandelt worden.

9) Richter, welche sich bestechen lassen, oder sonst aus vorsätzlicher Partheylichkeit offenbar unger-

18) *l. 43. §. penult. D. de ritu nupt.* Das Gesetz redet zwar nur von einer femina im adulterio deprehensa; daß aber das nämliche auch von adultero gelte, zeigt LAUTERBACH in *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.*

19) *C. L. BOEHMER Diss. de querela inoff. donationis fratrum. §. 8.*

20) *L. 20. Cod. Ex quib. caus. infam. irrog.* *C. DONELLUS* in *Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 7.* *WISSENBACH* *Commentar. in Cod. Lib. II. Tit. XII. §. ult.* und *FROMMANN* *Diss. de anatocismo Th. 38. et 39.*

21) *de BOEHMER* *Observat. select. ad Carpzovium. Quaest. XCII. Obf. 4* und von *Quistorp* *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. Stück. Nr. IX. S. 164.* (oder *Nr. XVIII. der neuen Ausgabe.*)

22) *L. 41. Cod. de Transact.*

ungerecht verfahren ²³). Wegen der Bestrafung solcher Richter finden jedoch h. j. L. auch andere Grundsätze statt ²⁴).
 Endlich

5) erklären, noch unsere teutsche Reichsgesetze Notarien und Richter für infam, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldcession aufsetzen, oder bestätigen ²⁵). Allein der heutige Gerichtsbrauch folgt auch hien in der gesetzlichen Strenge nicht ²⁶).

§. 380.

Fälle einer mittelbaren Infamie.

Eine mittelbare Infamie erfordert nun hingen zu ihrer vollkommenen Wirkung ein richterliches Urtheil, und erwächst nach dem römischen Rechte

1) aus öffentlichen mit Vorsatz begangenen Verbrechen ²⁷). Es ist jedoch zu bemerken, daß nicht alle Verbrechen, worauf eine öffentliche Strafe gesetzt war,

23) L. 2. Cod. de poena iud. male iudic.

24) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 424.

25) Reichsabsch. vom Jahr 1551. §. 80. „Zudem wollen und gebieten wir, daß keine Obrigkeiten oder Notarien, diese Contracte, da ein Jude eines Christen Schuld, einem andern Christen verkauft, stellen und versertigen soll. Wo aber einige Obrigkeit oder Notarii solches übertreten, dieselben sollen ihrer Ehre und Aemter entsetzt seyn.“

26) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 307. Nr. 6. S. 76.

27) L. 7. D. de publicis iudic.

war, bey den Römern Infamirten, sondern nun die *delicta publica* im eigentlichen Verstande, welche man auch *delicta publica ordinaria* zu nennen pflegt, bey denen nämlich ein Comitialgesetz, wie z. B. Lex Cornelia de sicariis, Lex Pompeia de parricidiis, Lex Iulia maiestatis, Lex Iulia de adulteriis, u. d. vorhanden war, welches die öffentliche Strafe bestimmte ²⁸⁾. Zu den Verbrechen dieser Art gehörte unstreitig auch das Stuprum, weil dessen Strafe in der Lege Iulia de adulteriis bestimmt war ²⁹⁾. Ob aber solches noch heut zu Tage die Ehrlosigkeit zur Folge habe, ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Verschiedene wollen behaupten, daß wegen der allgemeinen Aufnahme des römischen Rechts aus einem begangenen Stuprum auch noch heutiges Tages die Infamie mit allen ihren rechtlichen Folgen erwachsen müsse ³⁰⁾. Allein der Gerichtsbrauch stimmt damit nicht überein ³¹⁾. Denn da

heutle

28) *L. 1. D. de public. iud.* wo Macer sagt: *Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt.* Man sehe auch *Ge. Lud. NORMMERT Comment. de abigeatu et furto equorum. Cap. I. §. 3. seqq.*

29) §. 4. *I. de public. iud. L. 25. Cod. ad Leg. Iul. de adulter.* S. Io. Guil. HOFFMANNI ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis lib. sing. Cap. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 15. nr. 1.

30) LAUTERBACH h. t. §. 15. CARPZOV Lib. VI. Resp. C. n. 9. seqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 2. et Specim. DLXXXII. Med. 5. et 6. NOVACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. P. I. §. 322. Not. a.

31) REINHARTH Observat. select. ad *Christinnæum* Vol. I. Obs. 8. & RUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 18. HOM-

heutiges Tages das Stuprum nur mit einer Geldbusse oder einem mässigen Gefängniß bestraft zu werden pflegt, so ergiebt sich schon daraus von selbst, daß wenigstens der Regel nach die Vorschriften des römischen Rechts von den *delictis publicis*, und der daraus entspringenden Infamie in den teutschen Gerichten bey einem Stuprum wegfallen müssen ³²). Man kann es daher nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundsatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrlosigkeit der Regel nach nicht weiter zur Begleiterin habe ³³), es wäre denn, daß entweder wegen der eintretenden gravitenden Umstände eine eigentliche peinliche Strafe, die schon an sich den Verlust der Ehre zur Folge hätte, zu erkennen wäre ³⁴), oder daß von einer eigentlichen Hurerey, worin jemand öffentlich lebt, die Rede seyn sollte, welche wenigstens so lange, als eine solche schändliche Lebensart fortgesetzt wird, eine *infamiam facti* nach sich zieht ³⁵). Vom jenen

MEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. v. *Meretrix*. pag. 359. Vol. II. Obs. 359. de CAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1137. von QUISTORP Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XVIII. S. 296. u. folg.

32) v. QUISTORP Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 478. und MÜLLER Observat. praest. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 173.

33) KRESS Commentar. ad Art. CX. Conf. Crim. Car. §. 1. Not. 3. ad BOEHMER ad Carpzovium Qu. LXIX. Obs. 1. et in Meditat. ad Conf. Crim. Car. Art. CXX. §. 22. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 13. Not. 4. *Ge. lac. Frid. MEISTER* Princip. iur. crim. §. 266. und KLEINS Grundsätze des peinl. Rechts §. 371. Not. a.

34) v. QUISTORP Grds. des teutschen peinl. Rechts §. 477.

35) KRESS c. I. QUISTORP in den angef. Beiträgen.

jenen *delictis publicis ordinariis* waren die *extraordinaria* unterschieden. Darunter verstand man solche Verbrechen, welche zwar mit einer öffentlichen Strafe belegt wurden, die aber doch kein Comitialgesetz, sondern ein *Senatusconsultum* oder eine kaiserliche Verordnung bestimmt hatte ³⁶⁾. Von diesen Infamiren nur einige, bey denen nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet worden ist ³⁷⁾. Dahin gehören das *crimen praevaricationis* ³⁸⁾, *crimen expilatae hereditatis* ³⁹⁾, und *sepulchri violati* ⁴⁰⁾. Ob auch das *crimen stellionatus* infamirt, ist zweifelhaft. Man versteht unter diesem Verbrechen überhaupt eine solche Fälschung, deren in der *Lex Cornelia de falsis* nicht gedacht worden ist, insbesondere aber eine Betrügerey bey *Contracten* ⁴¹⁾. Nun sagt *Ulpian* an einem Orte ⁴²⁾: *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium*; an einem andern Orte ⁴³⁾ hingegen leugnet er dieses ausdrücklich, wenn er sagt: *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet*. Um die,

sen

36) *E. ROEHMER* cit. *Comm.* §. 4. seqq.

37) *Ant. SCHULTING* h. t. §. 7.

38) *L. 3. §. 2. L. 4. D. de praevaricat.*

39) *L. 12. C. Ex quib. caus. infam. irrog.*

40) *L. 1. D. de sepul. viol.*

41) *SEGER* *Diss. de crimine stellionatus.* *Lips.* 1770. *LEYSER* *Meditat. ad Pand.* Vol. VIII. *Specim.* DLVII. p. 416. *Quiſtorp* *Grundsätze des peinl. Rechts* 1. Th. §. 405.

42) *L. 13. §. ult. D. h. t.*

43) *L. 2. D. de Stellionatu.*

sen Widerspruch zu heben, wollen einige ⁴⁴⁾ das *non* in der letztern Stelle ausstreichen; andere ⁴⁵⁾ diese Particul für *non solum*, so wie das darauf folgende *sed* für *sed etiam* nehmen; noch andere ⁴⁶⁾ hingegen die Stelle per' *σπρωχθῆναι* so verstehen, als ob Ulpian sagen wolle, gesetzt, der Stellionat mache auch nicht ehrlos, so ziehe er doch immer eine außerordentliche Strafe nach sich. Allein die meisten Rechtsgelehrten ⁴⁷⁾, denen auch unser Verf. beistimmt, suchen beide Stellen auf die Art zu vereinigen, daß sie sagen, der Stellionat infamire zwar an sich nicht, könne aber doch die Ehrlosigkeit alsdann zur Folge haben, wenn solcher mit einem infamirenden Verbrechen, oder mit einer *actione famosa* concurrirte ⁴⁸⁾. Wenn also z. B. jemand einen solchen Stellionat begangen hätte, weshalb die *actio doli* statt findet, so kann auf die Infamie erkannt werden, weil die
actio

44) *Ant. FABER* Rational. in Pandect. ad L. 13. §. ult. D. h. t. und Conjectur. iur. civ. Lib. IV. c. 2.

45) *Marc. LYKLAMA* Membran. Lib. I. Eccl. X. § 3.

46) *Io. Iac. WISSENBACH* Exercitat. ad Pandect. Disputat. XI. §. 23.

47) *CUJACIUS* Observat. Lib. X. cap. 26. *DONELLUS* Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. *Franc. DUARENUS* Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 42. *Ger. NOODT* Commentar. ad Pandect. h. t. (*Oper. T. II. pag. 77.*) Ebender selbe de forma emendandi doli mali Cap. 12. *Ant. SCHULTING* ad *Πρωτα* Pandectar. h. t. §. 7. *WESTENBERG* in Digest. h. t. §. 45. *POTHIER* in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XII. Not. q. u. a. m.

48) *Ger. NOODT* c. 1. versteht daher die Worte: *infamiam irrogat* in der L. 13. §. ult. D. h. t. so, *infamiam irrogare potest*. Man sehe auch *Iul. PACI* Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 27.

Stüdt's Erläut. d. Pand. 5. Th.

actio doli diese Folge hat. Hätte hingegen der Schuldner seinem Gläubiger eine fremde Sache wissentlich zum Pfande gegeben, so infamirt dieser Stellionat nicht, weil dem Gläubiger deshalb die *actio pignoratitia contraria* zusteht. Eine mittelbare Infamie entsteht nach römischen Rechten ferner

2) aus einigen Privatverbrechen, nämlich aus dem Diebstahl, dem Raube und der Injurie ⁴⁹⁾. Ob heutiges Tages jeder Diebstahl infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige behaupten, daß sich die Infamie wenigstens auf einen kleinen Diebstahl, weshalb keine eigentliche peinliche Strafe statt findet, nicht anwenden lasse ⁵⁰⁾. Die meisten Rechtsgelehrten hingegen glauben, daß der Regel nach auch noch heut zu Tage aus einem jeden begangenen Diebstahl eine Infamie erwachse ⁵¹⁾; man pflegt jedoch zur Vermeidung derselben bey einem kleinen Diebstahl die Strafe verhältnißmäßig zu schärfen, und dabey dem Angeschuldigten seine Ehre vorzubehalten ⁵²⁾. In Ansehung der Injurien schränkt man heutiges Tages die Infamie auch nur auf die allergrößten ein, weshalb der Inju-

49) L. 1. L. 4. §. 5. D. h. t. L. 63. D. de furt. L. 7. D. de public. iudic. L. 8. C. Ex quib. caus. infam. irrog.

50) KREBS in Commentar. ad Art. 162. C. C. C. §. 1. Not. 4. DYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 3.

51) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 4. et Vol. VIII. Specim. DXXXVII. med. 7. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 22. u. a. m.

52) von Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 360. S. 545. HORACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. §. 324. in sin. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. B. §. 303. S. 68.

Injuriant zugleich peinlich gestraft wird⁵³⁾. Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß nicht einmal der Wiederruf an sich ehrlos mache, sofern er nicht durch gewisse entehrende Umstände geschärft wird⁵⁴⁾: ob man gleich zum Ueberfluß dem Injurianten insgesamt die Ehre vorzubehalten pflegt⁵⁵⁾. Endlich zieht auch

3) die Treulosigkeit in gewissen Contracten, nämlich in dem Societäts-, Hinterlegungs-, und Bevollmächtigungs-Contracte, so wie nicht minder die Pflichtvergeßlichkeit des Vormundes die Ehrlosigkeit nach sich⁵⁶⁾. Einige behaupten zwar, daß in jenen Contracten auch schon eine bloße Nachlässigkeit infamire⁵⁷⁾; allein in der Praxis ist diese Meinung wenigstens nicht angenommen⁵⁸⁾, diese erfordert, daß er

N 2

dem

53) Westphals Criminalrecht. 85. Numerk. §. 3. vort h. t. §. ult.

54) Weber über Injurien und Schmähschriften. 2. Abtheil. S. 40. folg.

55) MEVIUS P. III. Decif. 32. Quistorp in den angef. Grundsätzen 1. Th. §. 326. HOFACKER Princip. iur. civ. c. 1.

56) L. 1. L. 6. §. 5. 6. et 7. D. h. t. Im Depositum wird jedoch nur der Depositar, nicht der Deponens, um des Betrugs willen infam. S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 756.

57) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. vort h. t. §. 2. de COCCEJI in iur. civ. contrav. h. t. Qu. 2. et 5.

58) COCCEJI cit. II. räumt dieses selbst ein; man sehe auch EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 2. not. g. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 322. Daß diese Meinung auch in der Theorie nicht gegründet sey, zeigen ANSCHULTING Enarrat. part. prim Digestor. h. t. §. 8. und NOODT

Com.

dem Urtheil der überwiesenen Treulosigkeit ausdrückliche Erwähnung geschehen seyn müsse, wenn die damit verknüpfte Ehrlosigkeit statt finden soll, sonst ist das Urtheil, *salva existimatione*, zu verstehen ⁵⁹⁾. Ueberhaupt ist man heutiges Tages mit der Ehrlosigkeit nicht mehr so freigebig, als die römischen Gesetzgeber damit waren, sondern man pflegt vielmehr die Infamie mehr nach teutschen, als nach römischen Rechten zu beurtheilen, und daher in Gemäßheit des bekannten Sprüchworts: man soll lieber gehen ehrlich, als einen zum Schelm machen, der Ehre der Staatsbürger gern, so viel nur möglich ist, zu schonen ⁶⁰⁾.

§. 381.

Commentar. ad Pandect. h. h. Verb. *Sed apparet*. T. II. Oper. pag. 79.

59) L. 4. §. 1. et 2. *D. de suspect. tutor*. G. L. BOEHMER cit. *Diss. de querela inoff. donat. fratr.* §. 8. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen sogar behaupten, daß wegen einer in jenen Grundcontracten begangenen Treulosigkeit h. j. T. gar keine Infamie weiter statt finde, als VOET h. t. §. 9. und SCHILTER in *Praxi iur. Rom. Exercit. X.* §. 35. et 36. Allein dieses läßt sich nicht erweisen, wie Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum c. 1.* gezeigt hat.

60) S. HOMMEL *Rhaplod. quaest. for.* Vol. I. Obl. 210. Reg. 7. pag. 322. seq. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. Nr. 3. S. 81. Quistorps Grundsätze des teutschen princ. Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. S. 100. KIND *Quaestion. for. Lipsiae 1792.* cap. 81. Runder's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 307. und Danz Handbuch 3. B. §. 303.

§. 381.

In wiefern bewirkt ein Vergleich über eine infamirende Handlung eine Infamie?

Einem richterlichen Urtheile wird in dem römischen Rechte in Absicht auf die Wirkung der Ehrlosigkeit ein außergerichtlicher Transact gleichgeachtet, wenn solcher über ein schuldgegebenes Verbrechen dergestalt eingegangen worden ist, daß man dem andern Geld oder Geldeswerth gegeben, um ihn von der Anklage abzuhalten ⁶¹⁾. Ein solcher Vergleich schadete der Ehre des Verdächtigen eben so sehr, als wenn er der That überwiesen, und von dem Richter selbst verurtheilt worden wäre ⁶²⁾. Denn man glaubte, es sey aus innerem Gefühle des bösen Gewissens geschehen, und erklärte daher einen solchen Transigenten geradezu für geständig ⁶³⁾. Nicht gleiche Wirkung hatte jedoch ein Vergleich, der wegen einer beschuldigten Untreue in einem Contracte, in welchem sonst deßhalb auf Ehrlosigkeit erkannt werden kann, geschlossen worden ist ⁶⁴⁾. Denn hier hielt man den Vergleich nicht für so schändlich, als in jenem Falle, weil hier die Verbindlichkeit doch nicht bloß durch ein Verbrechen, sondern eigentlich durch einen Contract begründet worden ⁶⁵⁾. Es ließ sich daher auch hier kein solches stillschweigendes Bekenntnis annehmen, als in jenem Falle, da über ein Verbrechen transigirt worden ⁶⁶⁾.

N 3

Db

61) L. 4. §. fin. L. 6. §. 3. D. h. t.

62) L. 18. C. Ex quib. caus. infam. irreg.

63) L. 5. D. h. t.

64) §. 2. l. de poena temere litigant. L. 7. D. h. t.

65) Ant. FABER Rational. ad L. 7. D. h. t.

66) Ger. NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. Verb. *Perre cit*
Practor. etc. Tom. 11. Oper. pag. 79.

Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch dieser Grundsätze darum vertheidigen, weil nirgends eine Abänderung derselben zu befinden sey⁶⁷⁾; so stimmt doch der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht überein, als nach welchem, wie bereits oben (§. 353. S. 68). bemerkt worden, aus einem wegen angeschuldigten Verbrechen eingegangenen Vergleiche noch kein stillschweigendes Bekenntnis erwächst. Es kann daher derjenige, der einen solchen Vergleich geschlossen hat, heutiges Tages deshalb nicht gleich für ehrlos gehalten werden⁶⁸⁾. Man sieht hieraus, daß eine mittelbare Infamie nach dem heutigen Gerichtsgebrauche anders nicht, als durch das Urtheil des Richters bewirkt werden kann, und zwar erfordert man, wenn diese Wirkung eintreten soll, 1) daß das Urtheil von einem competenten Richter, und nicht etwa von einem bloßen Schlichtsrichter⁶⁹⁾ (arbitro) gesprochen, 2) gegen denjenigen selbst⁷⁰⁾, welcher sich der infamirenden Handlung schuldig gemacht hat, und nicht gegen desselben Procurator, oder Erben gerichtet seyn⁷¹⁾, und 3) die Rechtskraft beschriftet haben müsse⁷²⁾. Da
übr.

67) *de cocceji in iure civ. contrav. h. t. Q. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 17. 18. et 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 323.*

68) *SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. Lib. II. Tit. 15. §. 7. in fin. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obl. 211. voc. Transigens pag. 369. und Vol. VI. Obl. 794. Quistorp peinliches Recht 1. Th. §. 103.*

69) *L. 13. §. 5. D. h. t.*

70) *L. 4. §. ult. D. h. t.*

71) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

72) Ist gegen das richterliche Erkenntniß ein Rechtsmittel eingewendet worden, so wird die Wirkung der Infamie erst von der

übrigens der Richter nur Diener der Gesetze ist, so darf er über Ehre und Schande seiner Untergebenen durch seine Aussprüche nur in so weit entscheiden, als die Gesetze ihm hierin Gewalt eingeräumt haben. Er ist daher 1) nicht befugt, dem Angeschuldigten die Ehre in seinem Urtheile vorzubehalten, wenn das Gesetz in dem vorliegenden Falle die Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet hat ⁷³⁾, oder dieselbe eine nothwendige Folge der Strafe ist ⁷⁴⁾. Man behauptet zwar in der Praxis, wie schon oben (§. 377. S. 158.) bemerkt worden, daß der Richter die von dem Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er statt der gesetzlichen Strafe auf eine härtere Leibesstrafe erkennt. Allein daß diese Meinung eigentlich den Gesetzen nicht gemäß sey, habe ich schon am angeführten Orte (§. 156.) gezeigt. Wenn es hingegen 2) gegen die Absicht des Gesetzgebers seyn würde, daß jemand für ehrlos gehalten werden soll, die auferlegte Strafe auch an sich diese Eigenschaft nicht hat, gleichwohl aber zu befürchten ist, daß das Publicum das Urtheil zu streng auslegen, und Ehrlosigkeit da annehmen möchte, wo sie nicht eintreten soll; dann ist es Pflicht des Richters, dem Be-

N 4

strafe

der Zeit an gerechnet, da das Erkenntniß der erstern Instanz von dem obern Richter bestätiget worden ist. L. 6. §. 1. D. h. t. VOET h. t. §. 6.

73) MARCIANUS L. 1. §. 6. D. ad SCtum Turpill. sagt schon: *Facti quidem quæstio in arbitrio est iudicantis: poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.* Man sehe hier STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 14.

74) L. 63. D. de furt. Ant. MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. nr. 15. und besonders Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 90.

strafen im Urtheile die Ehre vorzubehalten, deren Kränkung sonst leicht zu besorgen wäre ⁷⁵⁾).

§. 382.

Unterschied zwischen der *infamia iuris* und *infamia facti* 1) in Ansehung ihrer Dauer.

Der Unterschied zwischen den bisher erklärten beiden Hauptgattungen der Infamie, nämlich der *infamiae iuris* und *facti*, äußert sich nun in mehr als einer Rücksicht.

1) Wenn die Frage entsteht, wann und wodurch die Ehrlosigkeit aufhört?

a) Die *infamia iuris* kann nämlich der Regel nach anders nicht, als dadurch aufgehoben werden, wenn der Ehrlose seine bürgerliche Ehre von dem wieder erhält, welchem das Begnadigungsrecht zusteht ⁷⁶⁾. Diese Wiederherstellung der verlohrnen Ehre ist ein Vorrecht des Regenten, welches in Ansehung der Reichsunmittelbaren in Teutschland nur dem Kaiser, in Ansehung der mittelbaren Reichsunterthanen hingegen einem jeden Landesherren in seinem Lande mit voller Wirkung zusteht ⁷⁷⁾; die

75) Kleinschrod a. a. O. S. 159.

76) Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 158. Runder's Grundriss des teutschen Privatrechts §. 304.

77) Mich. Henr. GRIEßNER Diss. de iure principum imperii restituendi famam; (in *Opuscul. iur. publ.* Tom. I. pag. 76.) Hrn. Hofr. Schnauberts Abhandl. in wiefern das Recht, einen Mittelbaren wieder ehrlich zu machen, ein kaiserliches Reservatrecht, oder eine Landeshoheitsgerechtsame sey? in Desselben Beyträgen zum Staats- und Kirchenrecht 1. Th. Nr. IX. S. 90. ff.

die Infamie mag sich in gemeinen oder besondern Rechten gründen ⁷⁸⁾. Der Regent restituirt jedoch die Ehre nicht immer ausdrücklich, mittelst eines dèssfalls ertheilten Rescripts; sondern er kann solches auch stillschweigend dadurch bewirken, daß er den Ehrlosen wieder in sein Amt einsetzt, oder ihm sonst eine Würde ertheilt ⁷⁹⁾. Zuweilen kann auch die verlorne bürgerliche Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden, wenn nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich nur auf eine gewisse Zeit in dem richterlichen Urtheile war auferlegt worden ⁸⁰⁾. Ist dieses nicht ausdrücklich geschehen, so erlöschen eigentlich die Wirkungen der Infamie deswegen noch nicht, wenn die Strafe aufhört, die sie wirkte, sondern es wird auch in diesem Falle eine restitutio famae erfordert. Es ist dieses nicht etwa bloß den Grundsätzen des römischen Rechts ⁸¹⁾ gemäß, nach welchen, wie oben (§. 377.) bemerkt worden ist, die Infamie nicht aus der Strafe, sondern aus dem Verbrechen entspringt, dessen Existenz freylich nie vertilgt werden kann; sondern es läßt sich dieses auch nach deutschen Grundsätzen behaupten, und muß daher auch noch heutiges Tages statt finden ⁸²⁾. Denn nach deutschen Sit-

N 5

ten

78) Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Th. §. 304.

79) Vort ad Pandect. h. t. §. 7. a LEYSEN Meditat. ad Pandect.

Vol. I. Spec. LII. Coroll. 1. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 326.

80) L. 3. §. 1. D. de decurion. L. 8. D. de postul. L. 3. C. Ex quib. caus. infam. irrogat. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 23.

81) L. 6. Cod. h. t.

82) de ecclesijs in iure civ. controuv. h. t. Qu. 7.

ten wird derjenige für ehrlos gehalten, der einmal unter des Henkers Händen gewesen ist. Auch dieses kann nicht ungeschehen gemacht werden; also dauert der Grund und die Veranlassung der Ehrlosigkeit fort, bis der Regent sie aufhebt⁸³⁾.

b) Die *infamia facti* hingegen kann auch, ohne landesherrliche Restitution, von selbst durch Lebensbesserung erlöschen⁸⁴⁾; obwohl in solchen Fällen, da die *infamia facti* zugleich durch ein richterliches Urtheil bewirkt wurde⁸⁵⁾, um, diese Wirkung völlig aufzuheben, die Wiederherstellung der Ehre ebenfalls bey dem Landesherrn zu suchen ist⁸⁶⁾.

§. 383.

a) Unterschied zwischen der *infamia iuris* und *facti* in Ansehung ihrer rechtlichen Wirkungen.

Obgleich die Wirkung der Ehrlosigkeit überhaupt in dem Verluste aller derjenigen Rechte und Vortheile besteht,

83) *Io. Tob. Richter selectior. iuris Princip. ad ord. Digestor. exposuit. Disput. VI. §. 14. und Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 158.*

84) *Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. X. §. 26. in fin. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 329. Man will behaupten, daß diese Besserung schon seit wenigstens drey Jahren gedauert haben müsse. Barger Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. circ. fin.*

85) *L. 2. D. de Obseq. parent. et patron. praest. l. 1. §. 43. D. de vi et vi armata. Schlatte ad Ludovici ulum pract. Distinction. iurid. h. t. Not. A. pag. 94.*

86) *Hofacker c. 1.*

steht, welche in der bürgerlichen Gesellschaft mit dem guten Namen verbunden sind, so ist jedoch,

11) wenn die rechtlichen Wirkungen der Infamie näher bestimmt werden sollen, wieder ein nicht geringer Unterschied zwischen der infamia iuris und facti zu bemerken. Soviel also

a) die Wirkungen der infamiae iuris anbetrifft, so bestehen sie darin.

1) Der Ehrlose verliert alle Würden und Aemter, die er bisher im Staate verwaltete, und wird auch zu künftigen Ehrenstellen unfähig ⁸⁷⁾.

2) Der Handwerker, welcher sich eine infamiam iuris zugezogen hat, kann aus der Zunft und Innung gestossen werden ⁸⁸⁾, und der Kaufmann, der wegen eines muthwilligen Banquerouts ehrlos geworden, darf nicht mehr auf die Börse kommen ⁸⁹⁾.

3) Ein solcher Ehrloser ist auch, wenigstens nach dem canonischen Rechte ⁹⁰⁾, ganz unfähig, ein gültiges Zeugnis abzulegen. Das römische Recht schließt Ehrlose nicht schlechterdings aus, sondern überläßt es dem Ermessen des Richters, welchen Glauben er ihrem Zeugnis

87) L. 2. et 12. Cod. de dignitat. L. 8. Cod. de decurion.

88) Kleinschrod 3. Th. §. 90. S. 157.

89) Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 306.

90) Cap. 7. c. 13. c. 54. et 56. X. de testib. Cap. 1. X. de Except. Ge. Lud. BOHMNER Princip. iur. canon. §. 786.

nitz beylegen will⁹¹⁾. Allein die Praxis richtet sich hier nach den Grundsätzen des canonischen Rechts⁹²⁾; welche auch in vielen Statuten ausdrücklich bestätigt worden sind⁹³⁾. Diesen Wirkungen fügen einige neuere Rechtsgelehrte auch noch

4) den Verlust eines ehrlichen Begräbnisses, und der Befugniß, ein Testament zu machen, bey⁹⁴⁾. Allein diese Folgen sollen nach dem canonischen Rechte⁹⁵⁾ nur eigentlich bey denjenigen statt finden, die einer offenbaren Zinswucherer wegen ehrlos geworden sind. Sie können also nicht als gemeine Wirkungen der Ehrlosigkeit angesehen werden⁹⁶⁾, und finden überdem h. j. T. nicht einmal

91) L. 3. pr. et §. 5. D. de testib. L. 13. D. eod. Franc. DUARENUS Disputation anniv. Lib. II. cap. 23. BACHOVIVS ad Treutlerum. Vol. II. Disp. 5. Th. 8. lit. B. MOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 325. Anderer Meinung ist jedoch de cocceji in iure civ. contr. h. t. Qu. 6.

92) S. Inst. Henn. BOEHMER Ius Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10. STAYK Ul. Mod. Pandect. Lib. XXII. Tit. 5. §. 2. Io. Sam. Frid. de BOEHMER Observat. select. ad Carpzovium Qu. 114. Obl. 4. und de RUFFENDORF Observ. iur. univ. Tom. II. Obl. 18. Anderer Meinung sind jedoch Quistorp in den Grundsätzen des peiml. Rechts. 2. Th. §. 691. Not. y. und KIND Quaest. for. cap. 81. p. 318.

93) LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pract. h. t. §. 22. nr. 4.

94) Runde in den angef. Grundsätzen §. 306. und Tan; im Handbuch des teutschen Privatrechts 3. B. §. 306. nr. 4.

95) Cap. 3. X. de Usur. Cap. 2. de Usur. in 6to.

96) Kleinschrod a. a. O. §. 90. Not. i.

mal mehr bey dem verbotenen Zinswucher statt ⁹⁷⁾. Was hiernächst

b) die Wirkungen der infamiae facti anbetrifft, so hindert diese zwar an der Erwerbung öffentlicher Aemter und Würden, allein eine Entsetzung findet deßhalb nur alsdann statt, wenn derjenige, welcher sich diesen üblen Ruf durch seinen schlechten Lebenswandel zugezogen hat, entweder wegen des gegebenen öffentlichen Aergernisses, oder wegen gänzlicher Vernachlässigung seines Amtes, und fruchtlos gebliebenen Ermahnung, sich zur fernern Verwaltung seines Amtes ganz unfähig gemacht haben sollte ⁹⁸⁾. Eine solche Infamie schwächt ferner die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, wenn sie gleich keine gänzliche Untüchtigkeit zum Zeugnisablegen bewirkt. Das Zeugnis eines solchen Menschen wird für verdächtig gehalten ⁹⁹⁾.

§. 384.

97) Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th.

§. 449. S. 677. Lud. God. MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionibus §. 104. In Kursachsen findet jedoch die Strafe des canonischen Rechts bey dem verbotenen Zinswucher noch statt. S. WIESAND Opuscula pag. 120.

98) SCHAUMBURG Compend iuris Digestor. h. t. §. 9 BOEHMER

Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. v. DOVICI Ul. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 1. pag. 96. Andere behaupten

; jedoch schlechthin, daß eine infamia facti eben sowohl, als die infamia iuris den Verlust schon erworbener Aemter und Würden nach sich ziehe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 30. VOET h. t. §. 4. CARPZOV Respons. Lib. II. Resp. 107. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 328.

99) L. 3. pr. D. de Testib. CARPZOV P. I. Const. 16. Definit. 71.

nr. 7. I. H. BOEHMER c. 1. LAUTERBACH h. t. §. 30. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. XXIV. Th. 3. Not. 2. HOFACKER c. 1.

§. 384.

Die Infamie giebt der Inofficiositätsklage Raum.

Darin haben jedoch beide Arten der Infamie gleiche Wirkung, daß Ehrlose, sie seyen mit einer *infamia iuris* oder *facti* behaftet, zu den schändlichen Personen gehören, wider welche den Geschwistern die *querela inofficiosi testamenti* oder *inofficiosae donationis* zusteht, wenn ihnen solche Personen im Testamente vorgezogen, oder des Verstorbenen Güter sonst an sie verschenkt worden sind ¹⁰⁰). Es muß nur nicht etwa eine *restitutio famae* noch bey Lebzeiten des Erblassers erfolgt ¹⁾, oder der übergangene Bruder selbst mit einer Infamie behaftet seyn ²⁾. Denn in beyden Fällen hat die Klage des pflichtwidrigen Testaments keine Statt.

§. 385.

Von der *Levis notae macula*, oder der Anrüchtheit nach römischen und teutschen Rechten.

Daß es außer der eigentlichen Infamie, von welcher bisher gehandelt worden, noch einen andern von den Gesetzen

100) *L. 27. C. de inoff. testam. L. ult. C. de inoff. donat.* LAUTERBACH h. t. §. 22. et 29. HOFACKER T. I. §. 325. et 328. *Ge. Lud. DOEHMER* Diff. de *querela inofficiosae donationis fratrum*. *Chr. RAU* Diff. de *querela inofficiosae donationis*. *Lipsiae 1775. §. 5. Kleinschrod a. a. O. §. 90. C. 457.*

1) *DOEHMER* cit. Diff. §. 10.

2) *BERGER* *Oecon. iuris* Lib. II. Tit. IV. §. 17 Not. 3. *de eoceji* in *iure civ. contrav.* Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. und *HOFACKER* *Prinsip. iur. civ.* T. II. §. 1693. Not. 1.

Gesetzen anerkannten verächtlichen Zustand giebt, den man *levis notae maculam* oder Narüchtigkeit nennt ³⁾ ist schon oben (§. 374. S. 134) bemerkt worden. Zwar ist die Benennung *levis notae macula*, welche in der *L. 27. Cod. de inoff. testam.* ⁴⁾ von der *infamia* und *turpitudine* unterschieden wird, wohl unstreitig ein Tribonianismus, wenn man damit die *L. 1. et 3. Cod. Theod. de inoff. testam.* vergleicht, aus welchen jene *L. 27.* geflossen ist. Es läßt sich aber doch deswegen noch nicht gleich behaupten, daß die Sache selbst eine bloße Erfindung der Rechtsgelehrten sey, die in den Gesetzen gar keinen Grund habe. Denn Kr. Constantin der Große unterscheidet doch selbst in der angeführten *L. 3. Cod. Theod. de inoff. testam.* *turpitudinem levem notam* ausdrücklich von einander ⁵⁾, und Heineccius ⁶⁾ hat

3) Io. Andr. FROMMANN Diss. de *levis notae macula*. Tubingae 1672. BERGER Diss. de eod. arg. Nach dem römischen Rechte hat diese Materie HEINECCIUS in der von unserm Verf. angeführten Diss. am besten abgehandelt. Nach teutschen Rechten hingegen ist sie vom Io. Frid. ELITT vorzüglich bearbeitet worden, dessen Dissertat. de *levis notae macula secundum ius Germ.* nicht zu Rinteln 1785, sondern Marburgi Caetor. 1784. erschienen ist.

4) Die Worte dieser Constitution, die hierher gehören, lauten so: *Con sanguinei autem — contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficio querelam movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersantur.*

5) Unde claret, sagt daselbst Constantin actionem inofficio fratribus relaxatam, quum *infamiae* adspersgitur vitii is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi; quae *per turpitudinem* aut aliquam *levem notam* capere non potest institutus.

hat wohl nicht unrecht, wenn er behauptet, daß Constantin hierbei vorzüglich auf die *Legem Papiam Poppaeam* Rücksicht genommen, und unter denjenigen, welche *propter levem notam* die Erbschaft nicht behalten konnten, von welcher der Testator seine Geschwister ausgeschlossen hatte, solche Personen verstanden habe, mit welchen das gedachte Papische Gesetz den Senatoren sowohl, als deren Kindern die Ehe untersagt hatte⁷⁾; von denen, nun aber diejenigen unterschieden waren, *quae per turpitudinem capere non poterant hereditatem*, mit welchen nicht einmal ein freygebohrner Plebejer in rechtmässiger Ehe leben konnte⁸⁾. Es ist indessen freylich die heutige *levis notae macula* oder Unrührigkeit hauptsächlich aus teutschen Gesetzen zu beurtheilen. Sie kann nun aus einer dreyfachen Quelle entspringen;

1) aus einem Schandfleck der Geburt oder Abstammung. Daher waren.

a) Nach römischen Rechten die Kinder solcher Eltern anrührig, welche mit einer Infamie behaftet waren; z. B. die Kinder der Histrionen und Pantomimen.

6) Diff. de *levis notae macula* §. 16. et §. 20. sqq. Es hatte zwar Iust. Henn. BOEHMER in Diff. de *querela inofficiosi fratrum consanguineorum*. Halae 1721. rec. 1739. §. 16. gegen die Meinung des Heineccius verschiedenes erinnert, allein Heineccius hat die Böhmerschen Einwürfe gründlich beantwortet in Praefat. *Opusculor. varior. Syllogi praemissa*. (Halae 1735. pag. 14. seqq.)

7) Diese werden in der L. 44. D. de *ritu nupt.* angeführt.

8) Man sehe von diesen die L. 43. D. *eod.* und überhaupt de SZELCHOW Select. cap. *doctrinae de infamia* §. 5.

men⁹⁾. Mit diesen durfte kein Senator, noch sonst Jemand, der aus senatorischem Geblüte abstammte, eine Ehe schließen¹⁰⁾. Man durfte sie auch nicht seinen Geschwistern im Testamente vorziehen¹¹⁾. Eben so anrücklich waren ferner ihrer Abstammung wegen, wenigstens vor Justinians Zeiten,

b) die Freigelassenen. Bey diesen konnte jedoch die *macula pristinae servitutis*, wie Modestinus¹²⁾ sagt, durch eine *restitutionem natalium* ausgetilgt werden. Hieher gehörten

c) nach teutschen Rechten ehemals auch die Kinder der sogenannten Waisenmeister und Abdeker¹³⁾. Deren Anruchtigkeit ist jedoch durch den jüngern Reichsschluß von 1772. die Abschaffung der Handwerksmißbräuche betreffend, Art. 5. aufgehoben, und verordnet worden, daß solche Kinder, wenn sie die verwerfliche Arbeit ihrer Väter noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von den Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften und Gemeintheiten nicht ausgeschlossen, sondern die Söhne von den Handwerksmeistern, ohne daß es einer bloßfalligen Legitimation bedürfe, gleich anderer

red.

9) L. 44. pr. D. de rit. nupt. HEINECCIUS cit. Diff. §. 24.

10) ULPIANUS *Fragm. Tit. XIII. §. 1. et 2.* HEINECCIUS in *Comment. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. §. 2.* seqq.

11) L. 27. *Cod. de test. inoffic.*

12) L. 5. D. de natal. restit. HEINECCIUS cit. Diff. §. 25.

13) Reichsschluß von 1731. die Abstellung der Handwerksmißbräuche betreffend Art. 4. in der Neuen Sammlung der Reichsabschiede Th. IV. S. 379.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

redlicher Leute Kindern, unbedenklich in die Lehre genommen, und für Handwerks- auch der Meisterschaft fähig angesehen werden sollen ²⁴⁾. Endlich gehören noch

d) zu dieser ersten Classe der Anruchtigen diejenigen, welche unehelicher Geburt sind. Ob die Spurioi nach Römischen Rechten an einer Makel laborirten haben, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige angesehene Rechtsgelehrten ²⁵⁾ wollen dieses behaupten; allein Püttermann ²⁶⁾ hat schon diese Meinung hinlänglich widerlegt ²⁷⁾. Nach teutschen Rechten ist es wohl außer allem Zweifel, daß unehelich Geborne mit einer Anruchtigkeit befaßt sind, wie ich schon an einem andern Orte ²⁸⁾ gezeigt habe. Es läßt sich auch nicht be-

24) Scheidemanns Repertorium des Staats- und Lehnsrechts Th. II. S. 409. NOVACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. Danz Handbuch 3. B. §. 309. S. 93.

25) Iac. COTHOFRIDUS in Commentar. ad L. 3. Cod. Theodof. de inoffic. testam. Tom. I. pag. 203. seq. Ant. SCHULTING in Emarrat. part. I. Digest. b. t. §. 14. Io. Ortow. WESTENBERG Diff. II. de portione legitima Cap. IV. §. 5. und Aeg. GRAFLAND in Diff. ad L. 27. Cod. de inoff. test. (Lugd. Batav. 1751. Cap. II. §. 6.

26) in Diff. de querela inofficiosi testamenti fratribus atque fororibus contra spurius haud competente. Lipsiae 1772. Man sehe auch VOET in Comment. ad tit. Dig. de inoff. test. §. 10. und Ge. Steph. WIESAND Opuscula pag. 266. seqq.

27) L. 3. §. 2. L. 6. D. de Decurion. Can. 4. et 5. Diff. LVI. Nur bey Bewerbung um Ehrenstellen mußten Spurioi nachstehen, wenn ein anderer sich um das nämliche Amt bewarb, der mit gleichen Fähigkeiten, zugleich eine eheliche Geburt verband. L. 3. §. 2. D. cit.

28) 2. Th. §. 116. S. 86.

behaupten, daß diese Anrüchtheit unehelicher Kinder durch die Reichsschlüsse von 1731. und 1772. sey aufgehoben worden; sie wird vielmehr in dem erstern ¹⁹⁾ nicht undeutlich dadurch bestätigt, daß nach demselben bloß zwischen ehelich und unehelich erzeugten, aber legitimirten Kindern, kein Unterschied in Absicht auf die Zulassung zu Handwerkern gemacht werden soll ²⁰⁾. Da, her werden Unehelichgebohrne noch bis auf den heutigen Tag, ohne vorhergehende Legitimation, in Zünfte und Innungen nicht aufgenommen. Ja selbst noch nach der Legitimation sind sie von mancherley Ehrenstellen, z. B. von der eines Reichscammergerichtsbesizers und Reichshofraths, ausgeschlossen ²¹⁾. Eben dieses gilt in mehreren Ländern auch vom Richteramte, ja sogar von dem Bürgerrechte in manchen Städten ²²⁾. Auch das canonische Recht erklärt die Unehelichen für irregulär, und schließt sie von geistlichen Orden aus ²³⁾. Außer der Ehe gebohrne sind endlich auch vermöge der longobardischen und teutschen Lehnsgesetze zur Lehnfolge unfähig, wenn sie gleich legitimirt worden sind ²⁴⁾. Dagegen

D 2

kann

19) Reichsschluß von 1731. §. 11.

20) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. X. S. 2030. u. 2067. de SELCHOW Diff. select. capita doct. de infamia cont. §. 13. FLITT cit. Diff. §. 20 et 21. Danks Handbuch 3. Th. §. 308.

21) Reichscammer G. Ordn. T. I. Tit. 3. §. 2. Reichshofr. Ordn. Tit. I. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331.

22) de SELCHOW cit. Diff. §. 13. FLITT cit. Diff. §. 20. in fin.

23) Cap. 13. X. qui filii sint legitimi. Cap. 14. et 18. X. de filiis presbyt.

24) Man sehe, was hiervon schon im 2. Theile §. 146. Nr. 1. vorgekommen ist.

kann das Zeugniß solcher Personen weder verworfen, noch für suspect gehalten werden²⁵⁾; es findet auch gegen ein brüderliches Testament wegen der Erbeinsetzung eines Spurii die *querela inofficiosi testamenti* nicht statt²⁶⁾. Uebrigens erstreckt sich diese Makel der unehelich Geborenen keinesweges auf die von ihnen ehelich erzeugten Kinder²⁷⁾; so wie denn überhaupt nach heutigen Rechten auch selbst die Kinder solcher Eltern, die sich eine wirkliche Infamie zugezogen haben, nicht mehr für anrüchig gehalten werden²⁸⁾.

2) Eine andere Quelle der Anrüchigkeit ist verwerfliche Handhierung. Aus diesem Grunde war bey den Römern der Carnifex mit einer *levis notae macula* behaftet²⁹⁾. Man brauchte ihn hauptsächlich zur

25) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obf. 211. 1. v. *Levis notae macula*. pag. 157. WIESAND de conditione spuriorum recte aestimanda, in *Opuscul.* pag. 270. und EMMINGHAUS ad *Cocceji ius civ. contrav. h. t. Qu. X. Not. o.* pag. 297.

26) Gottl. STURM Diss. de spurio, berede instituto, querelam inofficiosi testamenti fratri excluso non procreante. *Vitemb.* 1733. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obf. 615. WIESAND c. 1. pag. 269. und besonders RÜTTMANN in der oben angef. Dissert. Anderer Meinung ist jedoch de COCCEJI in *iure civ. contrav. Tit. de inoff. testam. Qu. XII. Not. 1.*

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. CARPZOV Lib. II. Decif. 111.

28) L. 26. D. de poen. L. 22. Cod. eod. STRYK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. WIESAND c. 1. pag. 273.

29) CICERO pro Rabirio Cap. 5.

zur Folter, und Hinrichtung der Sklaven³⁰⁾. Denn bey freyen Personen ließ man die Todesurtheile durch Victoren oder Soldaten vollstrecken³¹⁾. Der Carnifex konnte daher auch nicht Bürger seyn, und war von den Comitiiis, und andern öffentlichen Versammlungen und Gesellschaften der römischen Bürger ausgeschlossen, mußte ausser der Stadt wohnen, und sich durch das Tragen eines Glöckgens von andern ehrlichen Leuten unterscheiden³²⁾. Allein heutiges Tages unterscheidet man zwischen dem Nachrichter oder Scharfrichter, und dem Schinder, Kaviller, Abdecker oder Henker³³⁾. Letzterer vollziehet nicht nur die schimpflichen Selbes, und Lebensstrafen mit eigener Hand, sondern ist auch zu andern schmutzigen Verrichtungen bestimmt, deren selbst der gemeine Pöbel sich schämt, z. B. zur Abdeckung des verreckten Viehes, und Einscharrn d. d. selben; ferner zum Todtschlagen der tollen Hunde, u. d. Nur dieser ist daher allein nach dem Reichsschluß von 1731. §. 4. anrücklich, und von Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften ausgeschlossen. Dagegen ist der Scharfrichter dem Schinder nicht schlecht hin gleichzurechnen. Denn dieser nimmt, als solcher, an den schmutzigen Abdeckerverrichtungen keinen Theil, sondern desselben eigentliche Bestimmung besteht der Regel nach darin, daß er die Strafe des Enthauptens vollzieht,

D 3

zieht,

30) SIGONIUS de iure civit. Rom. Lib. I. cap. 15.

31) PET. FABER Semestr. Lib. II. cap. 9.

32) HEINECCIUS in Diss. de levis notae macula §. 33. und BOEHMER D. de executionis poenarum capitalium honestate §. 16 seqq.

33) DANK im Handbuch 5. B. §. 309.

zieht, bey der Tortur, dem Hängen, und andern Leib- und Lebensstrafen aber nur die Aufsicht hat, und überhaupt an Missethäter nie selbst Hand legt. Das Amt eines Scharfrichters ist daher an sich mit keiner Makel behaftet, vielmehr durch den oben angeführten Reichsschluß von 1731. dadurch von aller Anrüchigkeit freigesprochen worden, daß daselbst ganz ausdrücklich nur blos der Schinder allein gedacht worden ist ³⁴⁾. Nach dem Gerichtsgebrauche wird daher einem Scharfrichter nicht verwehrt, in der Stadt zu wohnen, sich ein eignes Haus anzuschaffen, und sogar das Bürgerrecht zu erlangen ³⁵⁾. Ein anders wäre freylich, wenn der Scharfrichter zugleich die Cavilleren hätte, und solche auch in eigner Person triebe ³⁶⁾. Denn in Ansehung solcher Nachrichten, die zugleich das Amt der Schinder versehen, wäre wohl die Anwendung des oben angeführten Reichsschlusses, nach welchem die Schinder für unehrlich erklärt werden, keinem Zweifel unterworfen. Nur unter dieser Einschränkung liesse sich also die Meinung des seel. Hofr. Meisters ³⁷⁾, welcher die Scharfrichter für anruchtig halten will, rechtfertigen.

Zu

34) *Abr. KARSTNER* Diss. de carnifice fama non laborante. *Lipfiae* 1745. de *SELCNOW* Select. cap. doctrinae de infamia. §. 11. und besonders *PLITT* cit. Diss. §. 10 — 20.

35) von *Quistorp* Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien IV. St. Nr. V. S. 90. oder N. L. der neuen Auflage. (Kost. und Leipzig 1787.) *WERNH. OBSERVAT. FOR. T. III. P. II. Obsl. 419.* und *NOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obsl. 161.*

36) *Quistorps* Grundsätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 553.

37) Vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teut. Land Th. I. Abschn. 1. Kap. 6. §. 11.

Zu dieser zweiten Classe der Anrüchtigen werden auch diejenigen gezählet, die bey ihrer an sich verächtlichen Lebensart keinen fixirten Wohnsitz haben; als herumirrende Zigeuner, Varenführer, Marktschreier, Gaukler, Seiltänzer, Marionettenspieler u. d. ³⁸⁾, obwohl einige neuere Rechtsgelehrte dennoch dergleichen Gesindel von aller Anrüchtigkeit freysprechen wollen ³⁹⁾. Soviel ist wohl außer Zweifel, daß sie nicht ad honestae et inculpatae vitae homines gehören, und da hierauf bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen hauptsächlich zu sehen ist ⁴⁰⁾, so kann man wohl dem Zeugniß solcher Personen keine vollkommene Beweiskraft beylegen ⁴¹⁾. Es scheint mir auch gar nicht unbillig zu seyn, die Klage des pflichtwidrigen Testaments in einem solchen Falle zu gestatten, da Jemand solche Personen seinen Geschwistern vorgezogen hat, denn die Beleidigung für die übergangenen Geschwister ist wohl immer die nämliche, als wenn der Testirer ihnen den Schinder vorgezogen hätte, in welchem Falle man doch die querelam in-

D 4

offi-

38) Reichs-Policey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 28 — 31.

In dem Reichs-schl. vom 1731. § 4. ist hierin nichts abgeändert, denn da ist blos von Professionen und Handthierungen die Rede, die von Landeseinwohnern getrieben werden, von diesen sollen keine andern, denn die Schinder allein, anruchtig seyn. S. Rundenst. Gröf. des teutschen Privatrechts §. 310.

39) PLITT cit. Diff. §. 22. und Dantz Handbuch 3. Bd. §. 310.

40) L. 3. pr. D. de testibus.

41) S. Tr. THOMASIVS in Diff. de probationes per testes levis notae macula laborantes. Lipsiae 1726. Runder a. a. O. §. 312.

officiosi testamenti zuzulassen pflegt ⁴²⁾). Ob die Anrichtigkeit bey den Schindern die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugnisse mindere, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Leyser ⁴³⁾ will sie nicht als vollgültige Zeugen gelten lassen. Andere hingegen widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil nach den Gesetzen kein Amt an sich, sondern die schlechte Aufführung den Zeugen verdächtig macht ⁴⁴⁾). Soviel ist wohl außer Zweifel, daß das Zeugniß der Abdecker in Sachen, die in ihr Amt einschlagen, z. B. wenn es auf Besichtigung eines frankten oder gefallenen Stück Viehes ankommt, vollen Glauben verdient ⁴⁵⁾).

Endlich können auch die Wirkungen der Anrichtigkeit 3) aus einem articulirten Verhör oder der erhobenen Specialinquisition erwachsen, denn diese ist bekanntermassen mit der Folge verbunden, daß der Inquisit während der Untersuchung von öffentlichen Aemtern suspendirt, und von den Zusammenkünften der Zünfte, und von andern ehrbaren Gesellschaften ausgeschlossen, auch nicht zu neuen Ehrenstellen gelassen wird, so lange

42) de COCCEJI in iure civ. contr. Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. LAUTERBACH in colleg. Pandect. h. t. §. 34. Danz Handbuch 3. B. §. 311. nr. 3. S. 99. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 330.

43) Medit. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. meditat. 8.

44) MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. II. Obl. 175. FLITT cit. Diff. §. 28. Danz a. a. nr. 4. Man sehe auch EMMINGHAUS ad Cocceji ius. civ. contr. h. t. Qu. X. Not. o. in fin. und I. H. BOEHMER introduct. in ius Digest. h. t. §. 11.

45) FROMMANN cit. Diff. de levis notae macula §. 55.

er nicht seine Unschuld dargethan, oder eine Absolution der Untersuchung ein Ende gemacht hat ⁴⁶⁾. Ehe dieses geschehen ist, bringt auch das Zeugniß eines solchen Inquisiten keinen genugsamen Beweis hervor ⁴⁷⁾, und der Lehns Herr kann ihm die Belehnung verweigern ⁴⁸⁾.

Uebrigens darf man nie auffer Acht lassen, daß die Anrüchtheit keine wahre Infamie ist. Sie zieht also nicht, wie diese, den Verlust der ganzen Summe derjenigen Rechte nach sich, welche von der bürgerlichen Ehre abhängen, sondern es sind ihr nur diejenigen nachtheiligen Wirkungen beizulegen, welche die Gesetze ausdrücklich bestimmt haben ⁴⁹⁾.

46) *L. un. C. de reis postul.* von Quistorp Grundsätze des teutschen reinlichen Rechts 2. Th. §. 674.

47) *Cap. 56. X. de testib. Cap. 10. X. de purgat. canon.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLX. medit. 18. pag. 462.

48) Sächf. Lehnrecht. Kap. 4. Schwäbisch. Lehnrecht Kap. 1. §. 4. *Vet. auct. de beneficiis* Cap. I. §. 4.

49) FLITT §. 24. Dapp §. 311.

De Procuratoribus et Defensoribus.

§. 386 u. 387.

Begriff und verschiedene Eintheilungen der Procuratoren.
Findet eine stillschweigende Bevollmächtigung auch in gerichtlichen Sachen statt?

Procurator, ein Anwalt, Bevollmächtigter, oder Gewalthaber, ist überhaupt derjenige, welcher fremde Geschäfte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäß, verwaltet ⁵⁰⁾. Man unterscheide ihn von einem *Defensore*, und *Negotiorum gestore*. Beide besorgen fremde Geschäfte ohne Auftrag, jener gerichtliche, dieser außergerichtliche. Von den *negotiorum gestoribus* ein mehreres ad Tit. 5. In Ansehung der *Defensorum* bemerke ich nur noch, daß in der eigentlichen Bedeutung dieses Wortes nur diejenigen so genannt

50) *L. 1. pr. D. h. e. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.* Die Gesetze dieses Titels der Pandecten sowohl, als auch des 13. Titels im 2. Buche des Codex *de Procuratoribus* erläutert sehr gut *Hub. GIZMANIUS in Lecturis Altorfin. (Francof. 1605. 4.) pag. 1. seqq.* Außerdem sind noch zu bemerken: *Christ. Cod. HOFFMANN Diss. de origine et conditione procuratorum iure Rom. et canonico, nec non eorum progressu in forum germanicum. Halae 1716. Frid. ULR. FETTEL Diss. illustrans varias controversias circa materiam de procuratoribus. Rintelii 1743. Rud. Christ. HENNE Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita. Erfordiae 1768. und Lud. Ferd. DAPP Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß. Frankfurt am Mayn 1782. 6.*

nennet werden, welche den Beklagten vor Gericht vertreten, ohne dazu eine Vollmacht von demselben erhalten zu haben ⁵¹⁾. Diese werden der Billigkeit wegen, auch ohne Vollmacht, zugelassen, quia publice utile est, wie Ulpian ⁵²⁾ sagt, absentes a quibuscunque defendi. Nur müssen sie Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses machen, wenn solches wider ihren Principal ausfallen sollte. Nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisfactione intelligitur ⁵³⁾; und von dieser Sicherheitsstellung befreiet weder Reichthum, noch Würde ⁵⁴⁾. Eine besondere Caution wegen der Genehmigung des Principals ist nicht nöthig, ausser wenn die angestellte Klage eine actio in rem ist ⁵⁵⁾. Denn gesetzt, der Defensor hätte auch die Sache, dem iudicato gemäß, dem Kläger restituirt, so könnte ja der Principal, den das rechtskräftige Erkenntnis nicht verbindet, die Sache aufs neue vindiciren, und der vorige Kläger hätte ohne eine cautio rati keinen Regreß. Bei Personalklagen hingegen kommt es auf diese besondere Genehmigung des abwesenden Beklagten nicht an ⁵⁶⁾. Denn
hier

51) L. 51. §. 1. D. h. r. L. 76. D. cod. L. un. in fin. C. de Satisfando. GIPHANIUS ad h. Tit. pag. 9. und WEITENBERG in Digest. h. t. §. 42.

52) L. 33. §. 2. D. h. r.

53) L. 46. §. 2. D. h. r.

54) L. 51. §. 2. L. 52. L. 53. D. h. r.

55) L. 40. §. 2. D. h. r. de coactis ius civ. contr. h. t. Qu. 17.

56) Es giebt jedoch hiervon Ausnahmen. Man sehe L. 39. §. ult. D. h. r. und L. 6. D. rem. rat. dom. habit. welche Ios. FIESTER in Hermogeniano pag. 340. seqq. erläutern.

hier hält sich der Kläger schlechterdings an seine Caution, und kann den Defensor oder seinen Bürgen belangen. Es findet auch hier keine Zurückforderung statt ⁵⁷⁾.

Die Procuratoren sind nun von mancherley Art.

I) An Ansehung des Eigenthümers, dessen Geschäfte sie verwalten, sind sie entweder *Syndici*, oder *Procuratoren* im eigentlichen Verstande, je nachdem sie von einer Personen Gemeinheit, oder von einzelnen Personen bestellet worden sind. Von den erstern Tit. IV. hier von den letztern.

II) In Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen, sind sie entweder gerichtliche oder außgerichtliche, je nachdem sie entweder zur Betreibung gerichtlicher oder außgerichtlicher Geschäfte bestellt sind. Erstere werden Sachwalter oder *Procuratoren* in der strengsten Bedeutung genannt. Von diesen ist besonders in diesem Titel die Rede, von den außgerichtlichen hingegen Tit. *mandati*. Von dem Unterschiede zwischen gerichtlichen und außgerichtlichen *Procuratoren* werde ich ad §. 390.) handeln.

III) Sieht man darauf, zu wessen Nutzen der *Procurator* das ihm aufgetragene Geschäft besorgt, so ist er entweder ein *Procurator in rem suam*, oder ein *Procurator in rem alienam*, je nachdem er das übernommene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Nutzen des Eigenthümers, der ihm solches aufgetragen hat, besorgt. Davon ein mehreres ad §. 396.

IV)

57) L. 45. §. f. h. t. GIPMANIUS cit. loc. pag. 44. MOODT in Comment. ad Digesta h. t. pag. 89. seq. a verb. *Vult igitur Praetor.* ACHULYING ad *πρώτα* Dig. h. t. §. 17. und LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 71.

IV) Nach dem Umfang ihrer Gewalt, sind die Procuratoren ferner entweder General- oder Special-Bevollmächtigte, je nachdem ihre Vollmacht entweder auf alle Geschäfte und Rechtsangelegenheiten ihres Machthabers sich erstreckt, oder bloß auf ein einzelnes Geschäft gerichtet ist ⁵⁸⁾. Endlich

V) in Absicht auf den Bestellungsgrund sind sie entweder wahre oder vermuthete Sachwalter, je nachdem sie entweder vermöge eines wirklich erhaltenen, oder vermöge eines vermutheten Auftrags handeln. Die wahren Sachwalter werden mittelst des Bevollmächtigungscontractes bestellt, worunter man denjenigen Consensualcontract versteht, wodurch sich jemand verpflichtet, ein nicht unerlaubtes Geschäft des andern, in desselben Namen, nach der ihm gegebenen Vorschrift, ohne Lohn zu verrichten. Da dieser Contract, eben so, wie ein jeder anderer Vertrag, sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend geschlossen werden kann ⁵⁹⁾; so entsteht hier die Frage, ob auch eine

58) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. D. de pact. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 12. D. de solut. L. 3. §. 2. D. iudic. solvi. Ger. noodr de pactis et transactionib. cap. 27.

59) L. 6. §. 2. L. 18. D. mandati. L. 60. D. de reg. iuris. L. 6. Cod. mandati. Zwar ist in diesen Gesetzen nur von dem Falle die Rede, wenn ich wissentlich geschehen lasse, daß Jemand für mich Bürgschaft leistet; hier soll mein Stillschweigen so ausgelegt werden, als wenn ich dem Andern zur Uebernehmung der Bürgschaft den Auftrag ertheilt hätte. Allein man wendet diese Vorschrift mit Recht auch auf andere Geschäfte an, die Jemand mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Principals unternimmt. S. lo. Oatw. WESTENBERG Princip. iuris

eine stillschweigende Abschließung des Bevollmächtigungs-Contractes in gerichtlichen Sachen statt finde? Es sind hier eigentlich zwei Fragen zu unterscheiden.

a) Kann von Seiten der streitenden Parteyen ein Auftrag in gerichtlichen Sachen stillschweigend erteilt werden? Verschiedene practische Rechtsgelehrte⁶⁰⁾ wollen dieses gänzlich läugnen, weil nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche ein Sachwalter in gerichtlichen Geschäften eine schriftliche Vollmacht zu den Acten übergeben müsse. Allein andere⁶¹⁾ haben mit Recht diese Meinung verworffen, und dagegen mit mehrerem Grunde behauptet, daß die schriftliche Vollmacht bey dem Auftragscontracte, welche zu seiner Vollkommenheit nichts, als die beyderseitige Einwilligung des Gewaltgebers und Sachwalters erfordert, nicht wesentlich erfordert, sondern nur, als Beweismittel, in Ermangelung anderer, gebraucht werde. Denn wenn gleich nach der besondern Gerichtsordnung mehrerer Länder aus-

drückt.

iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. II. KOFACKER princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 2011. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 920.

60) Io. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 8. D. h. t. nr. 5. STRATK Uf. mod. Pandectar. h. t. §. 28. Mich. Godofr. WERNER lectiss. Commentat ad Pandect. Lib. XVII. Tit. 1. §. 2. u. a.

61) LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIII. medit. II. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. gen. II. §. 22. Not.*) Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 236—239. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 130. und besonders Io. Ern. Bernh. ZIMMINGHAUS Progr. de mandato tacito, eiusque praesertim tacita susceptione. (Erlangae 1796. 4.) §. 4.

drücklich vorgeschrieben ist, daß ein gerichtlicher Sachwalter sich mittelst einer schriftlichen Vollmacht zum Proceß legitimiren solle, so gehört doch dieses offenbar mehr zur Form, als zur Substanz der Bevollmächtigung, und es kann zwar allerdings deren gehörige Beobachtung der Parthey sowohl als ihrem Sachwalter vom Richter auferlegt werden, aber doch nicht gleich aus der unterlassenen Beobachtung derselben eine Nichtigkeit des Geschäftes selbst entstehen, welches von dem Procurator vermöge des stillschweigenden Auftrags vor Gericht besorgt worden ist, wenn es zumal der Principal vollkommen genehmiget ⁶²⁾. Stillschweigend geschieht nun die Auftragserteilung,

1) wenn eine Parthey selbst in Person vor Gericht gegenwärtig ist, und geschehen läßt, daß Jemand, als ihr Sachwalter, daselbst für sie handelt, ohne dabei zu widersprechen ⁶³⁾. Es ist jedoch eine solche stillschweigende Vollmacht nie auf den ganzen Rechtshandel auszudehnen, sondern sie kann ihrer Natur nach nur auf die Handlungen gehen, bey denen die Parthey wirklich gegenwärtig gewesen ist ⁶⁴⁾. Es kann daher ein solcher Procurator in der Folge nichts verhandeln, als was eine unmittelbare und unzertrennliche Folge desjenigen ist, wozu ihn einmal des Gewaltgebers Stillschweigen berechtiget ⁶⁵⁾.

2) Wenn

62) MANTICA de tacitis et ambig. conventionib. Lib. VII. Tit. 3. nr. 25.

63) §. 1. I. de iis, per quos agere possum. L. 6. §. 2. D. et L. 6. Cod. mandati, VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. LEYSER cit. loc. Medit. 11. Dapp a. a. O. §. 236.

64) Cap. 12. X. h. 2.

65) LEYSER cit. loc. medit. 12. Vol. I. pag. 585 und Dapp a. a. O. §. 130.

2) Wenn eine Parthey die zu ihrer Rechtsache gehörigen Urkunden in der, jedoch in einem jeden einzelnen Falle auf Erfordern zu erweisenden Absicht, einem Andern übergiebt, um jene gerichtlich zu verhandeln ⁶⁶⁾.

b) Die andere Frage ist, ob auch von Seiten des Sachwalters die Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen stillschweigend geschehen könne? Hier ist nun soviel außer Zweifel, daß derjenige, welcher sich auf die schriftlich oder mündlich ihm geschehene Ertheilung eines Auftrags blos nicht erklärt hat, den Auftrag schon dadurch allein noch keinesweges übernommen habe. Denn das Stillschweigen ist hier um so mehr für eine ganz Indifferente Sache zu halten, je weniger insgemein der Auftrag unser eigenes Interesse betrifft; wenn man zumal erwägt, daß die Besorgung fremder, besonders gerichtlicher, Geschäfte, wegen der damit verknüpften Vertretung der geringsten Schuld, als etwas lästiges anzusehen ist, dem man lieber zu entgehen sucht, als daß man solches gern übernehmen sollte. Daher erklärt auch Ulpian ⁶⁷⁾ das Stillschweigen desjenigen, der sich auf einen ihm ertheilten Auftrag nicht erklärt hat, ausdrücklich für ein Merkmal verweigerter Einwilligung. *Invitus procurator, sagt er, non solet dari; invitum autem accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur.* Es läßt sich aber doch deswegen nicht behaupten, als ob zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen die ausdrückliche Einwilligung des

66) Arg. L. 11. C. de pact. convent. Danz a. a. O.

67) L. 2. §. 1. D. h. t.

des Procurators schlechterdings erfordert werde, wie Giph⁶⁸⁾, und Westenberg⁶⁹⁾ lehren, sondern es kann auch hier das Stillschweigen des Procurators von Wirkung seyn, wenn nämlich zu der Ertheilung des Auftrags noch ein besonderer Umstand hinzutritt, der nach rechtlichen Grundsätzen nicht mit Stillschweigen kann übergegangen werden, wenn man den Auftrag nicht annehmen will⁷⁰⁾. Dahin gehört, wenn Jemand nicht nur wesentlich und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte, und gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, sondern auch noch überdem geschehen lassen, daß der Principal die gewöhnliche Caution für ihn geleistet hat⁷¹⁾. Hier ist ein solcher Fall vorhanden, wo das Stillschweigen den Procurator verbindlich macht, und derselbe den erhaltenen Auftrag nun nicht mehr von sich ablehnen kann, ohne sich der Klage auf das Interesse auszusetzen⁷²⁾.

§. 388.

Personen, welche als v e r m u t h e t e S a c h w a l t e r zugelassen werden.

Diesenigen Sachwalter, welche weder einen ausdrücklichen noch stillschweigenden Auftrag von ihrem Principal

68) Lectur. Altorphin. pag. 18. init.

69) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 12.

70) EMMINGHAUS cit. Commentar. §. 6.

71) Es ist dieses nicht bloß dem päpstlichen Rechte gemäß; Clem. 1. de procurator. sondern es stimmen hiermit auch die Grundsätze des römischen Rechts überein, wie aus der L. 8. §. 3. und L. 15. D. h. t. erhellet.

72) I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17.

Glücks Erlaut. d. Pand. 5. Th.

clpal erhalten haben, sondern bey denen blos wegen des Verhältnisses, in welchem sie mit der Parthey stehen, ein Auftrag nach Maasgebung der Geseze vermuthet werden kann, werden vermuthete Sachwalter, *Procuratores praesumpti*, oder *Quasi procuratores* genennt ⁷³⁾. Vermöge eines solchen vermutheten Auftrags werden nun als Sachwalter zugelassen,

1) Verwandte derjenigen Parthey, deren Sache vor Gericht verhandelt wird, sowohl in gerader, als der Seitenlinie ⁷⁴⁾. Nur müssen sie

a) wahre natürliche Verwandte seyn. Es sind daher diejenigen Personen, welche durch die Adoption in

73) Wenn Ulpian in der *L. 3. §. 3. D. indicium solvi* sagt: *Quod eis agere permittitur edicto Praetoris, non facit eos Procuratores*, so zielt dieß nur darauf, daß sie keine wahre Sachwalter sind. Sie können sich daher von dem Gegner ihrer Parthey nicht mit Wirkung *de iudicato solvendo* Caution leisten lassen, und müssen überdem *de rato* caviren, wovon wahre Sachwalter frey sind. Man sehe *Ant. FABER* in *Rational.* ad *L. 35. D. h. t.* Von vermutheten Sachwaltern handeln übrigens lo. Bern. *FRIZZE* *Disp. de postulantibus pro aliis sine mandato.* *Ienae* 1699. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* *Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita.* *Tüb.* 1663. lo. *Iac. BERGER* *Diss. de mandato iudiciali praesumpto.* *Alt.* 1705. *Christ. Henr. BREUNING* *Diss. de mandato praesumpto.* *Lipsiae* 1764. *Rud. Christ. HENNE* *Diss. de personis ex mandato praesumpto in iudiciis agentibus.* *Erfordiae* 1768. und Dapp in dem angeführten Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß 2. Abh. §. 386 — 466.

74) *L. 35. pr. D. h. t.* *Sed et hae personae procuratorum debent defendere, quibus sine mandato agere licet: utputa liberi, licet sint in potestate; item parentes, et fratres.*

in das Verhältniß einer bloß bürgerlichen und gesetzlich erdichteten Verwandtschaft getreten sind, von dem Rechte vermöge eines vermutheten Auftrags vor Gericht zu handeln, auszuschließen⁷⁵⁾. Sie müssen ferner

b) rechtmäßige Verwandte seyn. Wenn daher die Verwandtschaft durch unehelichen Beyschlaf entstanden ist, so findet der Regel nach kein vermutheter Auftrag statt, ausser bey bloß natürlichen Verwandten von der mütterlichen Seite, wenn nur die Cognation nicht etwa durch einen *coitum damnatum*, z. B. durch Ehebruch oder Blutschande, entstanden ist; weil die bürgerlichen Rechte der Verwandtschaft bey dergleichen bloß natürlichen Verwandten von mütterlicher Seite eben so gut, wie bey den rechtmäßigen Descendenten der väterlichen Linie, statt finden⁷⁶⁾. Soviel insonderheit

c) die Verwandten in der geraden Linie anberuht, so kommt es bey diesen weder auf den Unterschied des

P 2

Gra^d

75) Man sieht dieses besonders aus der Verbindung der *L. 51.* und *L. 56. §. 1. D. de Verb. Significat.* welche, wie Eufag in *Commentar. ad L. 50. 51. et 52. D. de V. S.* zeigt, und auch *POTHIER* in *Pandect. Justinian. h. t. Nr. XXX. Not. i.* behauptet, vorzüglich zu dieser Materie gehören, und worin die Ausdrücke *parentes* und *liberi* auf eine solche Art erklärt werden, das Adoptiveltern und Adoptivkinder nicht mit darunter begriffen sind. Es ist auch sonst kein Gesetz vorhanden, worin die Wirkung eines präsidentiven Auftrags der Adoption wäre beygelegt worden. Man sehe übrigens *LAUTERBACH cit. Diss. §. 8. FRIESE cit. Diss. Th. 12.* und besonders *Dapp* in dem angef. *Versuche §. 399. S. 280. f.*

76) *L. 2. et 8. D. unde cognati LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 10. und Dapp §. 394. und §. 395.*

Grades ⁷⁷⁾, noch auch bey den Kindern darauf an, ob sie noch in der väterlichen Gewalt sind, oder nicht ⁷⁸⁾. Es findet auch kein Unterschied statt, ob diese Verwandten gleich von Anfang rechtmäßig gewesen, oder ob sie es erst nachher durch die vollkommene Legitimation geworden sind ⁷⁹⁾.
 Endlich

d) die Verwandten in der Seitenlinie betreffend, so werden diese nur bis auf den zweyten Grad der bürgerlichen Computation, als vermuthete Sachwalter, zugelassen. Denn das Gesetz ⁸⁰⁾ gedenkt ausdrücklich nur der Brüder, jedoch ohne allen Unterschied, ob sie vollbürtig, (*germani*) oder halbbürtig, (*unilaterales*) und letztere von väterlicher (*consanguinei*), oder von mütterlicher Seite (*uterini*) sind.

77) Denn Ulpian redet in der angef. L. 35. pr. D. h. t. von *perentibus* und *liberis* überhaupt. Nun aber werden unter dem Ausdruck *parentes* alle Verwandten in der aufsteigenden Linie, L. 51. D. de Verb. Sign. so wie unter der Bezeichnung der *liberorum* alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen. L. 220. D. de Verb. signif. L. 10. §. 9. D. de in iur. voc. Insofern jedoch von gerichtlichen Geschäften die Rede ist, so werden in der Regel nur Ascendenten und Descendenten männlichen Geschlechts als vermuthete Sachwalter zugelassen. Es giebt nur einige wenige Ausnahmen, wo die Tochter für die Eltern und die Mutter für die Kinder vor Gericht handeln kann. L. 41. D. h. t. L. 1. §. fin. D. de appellat. recipiend. S. WERNER Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 81. HENNE eit. Diff. §. 3. et. 5. und BREUNING eit. Diff. §. 4.

78) L. 35. D. h. t. L. 56. §. 1. D. de verb. signif.

79) Dapp §. 403.

80) L. 35. pr. D. h. t.

sind ⁸¹⁾. Es können daher Geschwisterkinder so wenig, als die übrigen Verwandten in der Seitenlinie wenigstens nach dem römischen Rechte als vermuthete Sachwalter vor Gericht zugelassen werden, wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrte anderer Meinung sind ⁸²⁾, weil es hier auf ein besonderes Recht ankommt, bey welchem keine ausdehnende Erklärung statt findet ⁸³⁾. Uebrigens ist jedoch noch zu bemerken, daß wenn mehrere Brüder von einer Gattung concurriren, der Tüchtigste, unter Brüdern von verschiedener Gattung aber der vollbürtige Bruder, wegen des doppelten Bandes, in welchem er mit der streitenden Parthey verwandt ist, vor dem halbbürtigen Bruder den Vorzug verdiene, wosfern nicht etwa wegen der eintretenden besondern Umstände der Richter nach seinem billigen Ermessen eine Ausnahme zu machen für gut befindet ⁸⁴⁾. Dagegen kommt es bey den Verwandten in der geraden Linie auf die Nähe des Grades, und im Falle der Gleichheit desselben darauf an, wen der Richter nach seinem Ermessen zur

P 3

gericht.

81) Arg. L. 10. §. 13. D. de gradibus. LAUTERBACH cit. Diff. §. 14. Dapp a. a. O. §. 410.

82) CARPZOV iurispud. for. P. I. Const. II. Def. 29. STRYK Adnotat. ad Compend. Lauterbachii b. t. pag. 133. BERLICH P. I. Conclus. XIV. nr. 38. Nach der Sächsischen Proceßordnung Tit. 7. §. 2. werden jedoch Seitenverwandte bis zum dritten, und nach dem Württembergischen Landesrecht 1. Th. 16. Tit. bis zum vierten Grad als vermuthete Sachwalter zugelassen.

83) LAUTERBACH cit. Diff. §. 13. HENNE cit. Diff. §. 4. BERNING cit. Diff. §. 5. und Dapp §. 412.

84) LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 14. Dapp §. 411. Dantz Grundsätze des ord. bürgerl. Processus §. 140. Not. c.

gerichtlichen Betreibung der Sache für den tüchtigsten hält⁸⁵⁾. Zu den vermutheten Sachwaltern gehören ferner

2) die Schwäger einer Parthey, deren Ulpian⁸⁷⁾ ausdrücklich Erwähnung thut. Nur darüber sind die practischen Rechtsgelehrten noch nicht einig, wie weit sich hier der vermuthete Auftrag erstreckt. Einige wollen ihn bloß auf diejenigen affines einschränken, welche einander an Eltern und Kinder statt sind⁸⁷⁾. Allein richtiger scheint die Meinung derjenigen zu seyn, welche behaupten, daß verschwägte Personen in eben dem Grade, wie Verwandte, als vermuthete Sachwalter für einander zuzulassen, folglich die in der geraden Linie ohne Unterschied des Grades, die in der Seitenlinie aber bis auf den zweyten Grad nach der Berechnung des römischen Rechts für einander vor Gericht handeln können⁸⁸⁾. Es wird aber dabey billig vorausgesetzt,

a) Daß die Schwägerschaft durch eine rechtmäßige Ehe entstanden sey⁸⁹⁾, und daß dieselbe

b) auch noch fortbauere. Denn ist sie durch den Tod der Frau, oder durch eine, auf eine andere Art erfolgte Tren-

85) LAUTERBACH §. 9. Dapp §. 407. Danz §. 140.

86) L. 35. pr. D. h. t.

87) STRYK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 46. BERLICH P. I. Conclus. XIV. n. 49. seq.

88) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 16. FRIESE cit. Diss. Th. 45. HENNE cit. Diss. §. 7. Dapp §. 424. und Danz in den angef. Grundrissen §. 140.

89) Arg. L. 5. D. de testib. und L. 4. §. 8. D. de grad. et affin. LAUTERBACH §. 19.

Trennung der Ehe, wieder aufgehoben, so hört auch, mit den übrigen rechtlichen Wirkungen derselben, der vermuthete Auftrag auf ⁹⁰⁾).

3) Auch der Ehemann gehört in gewisser Rücksicht zu den präsumtiven Bevollmächtigten, in Ansehung der rechtlichen Angelegenheiten seiner Frau. Der Proceß betrifft nämlich entweder die Person, oder das Vermögen der Frau. Im erstern Falle kann der Ehemann für seine Frau ohne Vollmacht erscheinen ⁹¹⁾, und er hat auch nicht nöthig, sich auf einen vermutheten Auftrag zu berufen, weil er die Frau zu vertheidigen, und vor Gericht zu vertreten schuldig ist. Im letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob der Proceß das Heyrathsgut der Frau, oder ob er ihr Paraphernal- und Nebenvermögen betrifft. In dem erstern Falle hat der Mann ebenfalls nicht nöthig, zu einem vermutheten Auftrage seine Zuflucht zu nehmen, sondern er handelt in Ansehung der Dotalgüter seiner Frau, vermöge des ihm daran zustehenden bürgerlichen Eigenthumsrechtes, um so mehr in eigenem Namen, da die Frau von dem ihr zustehenden natürlichen Eigenthumsrechte während der Ehe keinen Gebrauch machen kann, folglich nicht einmal selbst handeln darf ⁹²⁾. In dem letztern Falle hin,

P 4

gegen,

90) L. 3. §. 1. D. de postul. L. 43. in fin. h. t. L. 3. in fin. Cod. de donat. inter vir. et uxor. RACHOVIVS ad Trautlerum Vol. I. Disput. VIII. lit. D. LAUTERBACH cit. Disquis. §. 17. STRYK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 47. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. II. Obl. 381. HENNE cit. Diss. §. 8. Dapp §. 417. Dantz §. 140.

91) L. 1. §. 3. et ult. D. de injur.

92) L. 24. D. de act. rer. amot. L. 13. §. 2. D. de fundo dot. L. 7. §. 3. D. de iure dot. L. 5. L. 11. L. 23. et 30. Cod. eodem. L. 9. Cod. de rei vindicat. Dapp §. 419.

gegen, wenn der Rechtsstreit das Nebenvermögen (*bona paraphernalia*) der Ehefrau betrifft, kann eigentlich nach dem römischen Rechte der Mann anders nicht, als vermöge eines vermutheten Auftrags, handeln, und muß daher *cautionem rati* leisten ⁹³). Denn an diesen Gütern hatte der Mann nach dem römischen Rechte eigentlich gar keine Rechte, und wenn ihm auch die Frau das Paraphernalvermögen verwalten ließ, so war er doch nur so lange Verwalter, als die Frau wollte, welche ihm die Verwaltung nach ihrem Gefallen wieder nehmen konnte ⁹⁴). Nur ein Fall war in den Gesetzen ausgenommen, nämlich, wenn das Nebenvermögen der Frau in ausstehenden Schuldposten (*nominibus*) bestand, und sie dieselben ihrem Mann in dem Ehevertrage zur Verwaltung überlassen hatte, in welchem Falle alsdann der Mann ohne einer weitem Cautionsleistung in eigenem Namen zugelassen wurde ⁹⁵). Allein nach dem heutigen Rechte kommt es darauf an, ob nach den besondern Gesetzen eines Landes dem Ehemann auch von dem Paraphernalvermögen der Ehefrau nicht nur die Verwaltung sondern auch die Nutznießung zusteht, wie z. B. in Sachsen, oder nicht. In dem erstern Falle handelt der Ehemann als gesetzlicher Verwalter für seine Frau vor Gericht, ohne sich auf einen vermutheten Auftrag berufen zu dürfen ⁹⁶). In dem andern Falle hingegen hat entweder die Frau dem Mann

93) *L. 21. Cod. de procurat.*

94) *L. 8. Cod. de pact. convent.* HENNE cit. Diff. §. 10. Dapp §. 420 — 423.

95) *L. ult. Cod. de pact. convent.* CYPRIANUS ad *L. 21. Cod. de procurat.* nr. 8. in *Lectur. Altorfin* pag. 93.

96) HENNE cit. Diff. §. 11. Dapp §. 424.

Mann die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überlassen, oder nicht, sondern sich dasselbe zur freyen Disposition vorbehalten. In jenem Falle handelt der Mann in Ansehung dieser Güter als bestellter Verwalter, in diesem hingegen vermöge eines vermuteten Auftrags⁹⁷⁾. Zu den vermuteten Sachwaltern gehören

4) auch die Theilnehmer an einem Rechtsstreite⁹⁸⁾, (*confortes litis*) worunter diejenigen verstanden werden, welche vor einem und eben demselben Richter, und aus einem und eben demselben Rechtsgrunde klagen oder belangt werden, und welche daher der Gegenstand des Rechtsstreits gemeinschaftlich angeht, oder, wie Cuijaz⁹⁹⁾ sich ausdrückt, *quorum communis est res in iudicium deducta*. Es ist also zur Theilnehmung an einem Rechtsstreite im rechtlichen Verstande nicht genug, daß etwa ein Theil von dem Ausgange der Sache auf irgend eine Art Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu fürchten habe, sondern es wird, wie das Gesetz¹⁰⁰⁾ sagt, ein *negotium commune*, das ist, ein gemeinschaftlicher Rechtsstreit erfordert,

P 5

in

97) LAUTERBACH Colleg. Pandectar. h. t. §. 23. de LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCII. med. 1. et 2. Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses §. 45. a. Not. II. und §. 2153. nn. Danz §. 140. Jedoch wollen einige diesen Unterschied verwerfen, und behaupten, daß in Ansehung der Paraphernalgüter und Spielgelder der Frau der Mann wirklich bevollmächtigt seyn müsse. RUFFENDORF Tom. I. Obs. 12. und Elavroth's Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 84. Not. c.

98) L. 2. Cod. de Consort. eiusd. lit.

99) Paratitl. Cod. h. t.

100) L. 2. Cod. cit.

in welcher Bedeutung das Wort *negotium* auch in andern Gesetstellen ¹⁾ vorkommt. Dieses ist nun der Fall bey mehreren Miterben, oder mehreren Bürgen, oder Gesellschaftern ²⁾. Dahingegen können diejenigen, welche sich in einen Rechtsstreit freywillig in der Absicht einmischen, um einem oder dem andern der streitenden Theile bey der Verfolgung seines Rechts beyzustehen, (*accessorie intervenientes*) nicht als *Confortes litis* angesehen werden, weil zwischen ihnen und der streitenden Hauptparthey, die sie zu vertreten suchen, keine Gemeinschaft in Ansehung des Gegenstandes des Rechtsstreites ist, sondern zwischen beyden gemeiniglich ganz verschiedene Rechte statt finden ³⁾; wenn gleich Wernher ⁴⁾ anderer Meinung ist. Ob, bey einer in Proceß befangenen Gemeinheit, die einzelnen Mitglieder derselben, als Theilnehmer am Rechtsstreite, vermöge eines vermutheten Auftrags, für die Gemeinheit vor Gericht handeln können? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige lassen sie zu ⁵⁾, andere ⁶⁾ nicht.

1) L. 3. *Cod. de in litem dando tutor.* L. 3. *Cod. de fruct. et lit. expens.*

2) L. 5. §. 1. *D. iudicatum solvi.*

3) E. Eberh. Christph. CANZ Diss. de uno ex pluribus confortibus suo, non simul alieno nomine agente. *Tübing. 1766.* §. 4. HENNE cit. Diss. §. 14. Dapp §. 430. u. 431.

4) *Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obsl. 261.*

5) J. W. CARPZOV *Decis. 205. et in Processu Tit. V. Art. 6. nr. 62.* UND BRAUNNEMANN in *Comm. ab Rubr. Tit. D. quod cuiusq. universitat. nom.*

6) BERGER *Resolut. Lauterbach. pag. 90. nr. 3.* KLOCK Vol. III. *Consil. CLIII. nr. 89.* SCHILTER in *Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 56.* MÜNCKEN in *Iuris controuv. Decad. I. Controv. 2. u. 4. m.*

nicht. Die richtigste Meinung, welche auch unser Verf. Not. 5 annimmt, ist wohl unstreitig die, wenn man unterscheidet, ob das Recht der Gemeinheit, worüber gestritten wird, ein solches ist, wovon jedem einzelnen Mitgliede derselben ein gemeinschaftlicher Genuß zusteht, oder ob es nur die universitatem qua talem und im Ganzen angeht. Im ersten Falle, z. E. wenn über gemeinschaftliches Huth- und Weiderecht gestritten wird, sind einzelne Mitglieder, als *litis consortes*, allerdings zuzulassen, im letztern Falle aber ohne Vollmacht nicht, z. B. wenn der Streit, die der universitati zustehende Jurisdiction, oder das Patronatrecht, u. d. betrifft ⁷⁾. Da nun also den Theilnehmern an einem Rechtsstreite verstattet ist, vermöge eines vermutheten Auftrags, in der übrigen Namen vor Gericht zu handeln, so entsteht weiter die Frage, ob *Consortes litis* auch schon vor der *lites contestation*, oder erst nach derselben zuzulassen seyn? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Die meisten behaupten das letztere, und erklären die Worte: *post litem legitime ordinatam*, welche in der L. 2. C. de consortib. eiusd. litis vorkommen, von der *lites contestation* ⁸⁾. Es kommt also hier auf die Erklärung dieser

7) L. 7. §. 1. D. *Quod. cuiusq. univers. nomine.* STRYK *Ul. mod. Pandect. Lib. III. Tit. 4. §. 7.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Specim. X. aed. 1.* RIVINUS in *Specim. exception. for. Cap. VII. nr. 30. et in Enunciat. iuris Tit. VII. Enunc. 13.* BERGER *Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7.* und besonders HENNE cit. *Diff. §. 14.*

8) VULTEIUS *Tr. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 437. seqq.* LAUTERBACH *Diff. de cautione rati, a coniunctis praestari solita §. 29 — 32.* VOET in *Comm. ad Pandect. h. t. §. 11.* BERGER *Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7.* Es ist in den

dieser Worte um so mehr an, da sie in der Originalverordnung der Kaiser Valentinian und Valens ⁹⁾ nicht stehen, sondern von Tribonian absichtlich beygefügt worden sind ¹⁰⁾. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß in den Gesetzen *lis ordinata* von der *lite contestata* unterschieden wird ¹¹⁾, und die *ordinatio*, oder, wie sie auch genennt wird, *praeparatio litis* ¹²⁾ eigentlich darin bestand, wenn dasjenige geschehen war, was sowohl zur Berichtigung der Person der streitenden Theile, als zu deren und des Gerichts Sicherstellung gehörte, und was überhaupt geschehen mußte,

Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 45. a. Not. 1. nr. 4. *Fratr. BECMANNI* in *Consil. et Decisio.* Part. II. *Decis.* 78. nr. 6. pag. 328. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 433 — 443. Elaprotch in der Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 84. Nr. 3. Danz Erbf. des gem. ordentl. bürgerl. Processus §. 141. u. a. m.

9) Die Originalverordnung ist *L. 2. Cod. Theod. de cognitor. et procurator.* und lautet so: *Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes remratam dominum habiturum, cavere parati sunt: vel, si quod ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint.*

10) *G. Iac. GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad L. cit. 2. Cod. Theodof. de cognitor. et procurator.* Tom. I. pag. 168.

11) *L. 8. pr. et §. 1. D. de inoff. testam. L. 7. §. 5. L. 24. et 25. D. de liber. causa L. 1. C. Qui dari ius. L. 4. Cod. de statu defunctor. L. 14. Cod. de liber. causa* und *factus* de Verb. Significat. voc. *contestari*, welcher ausdrücklich sagt, daß die *lis contestatio* erst *ordinato iudicio* erfolgt sey.

12) *L. 7. in fin. D. de lib. causa.*

mußte, ehe lis contestirt werden konnte ¹³⁾. Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten ¹⁴⁾, daß eben diese Bedeutung bey der Erklärung der angeführten L. 2. Cod. Iust. de consort eiusd. lit. zum Grunde zu legen sey, und wollen demnach die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor der Litiscontestation, als vermuthete Sachwalter, für einander um so mehr zulassen, weil die von vermutheten Sachwaltern wegen der Genehmigung zu leistende Sichertheit auch vor der Litiscontestation bestellt werden müsse ¹⁵⁾. Allein erwägt man, daß die *satisfactio ratihabitionis* und *de iudicato solvendo* zur *ordinatio iudicii* in der angeführten Bedeutung gehörte, und daß dessen ungeachtet in unserm Gesetz gesagt wird, daß *litis consortes* erst *post litem legitime ordinatam* gegen jene Caution zugelassen werden solle; bedenkt man ferner, daß, wenn von der Litiscontestation eben das, was nach derselben, hätte Rechtens seyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite sowohl vor als nach der Litiscontestation, vermöge eines vermutheten Auftrags, zugelassen werden sollen, nicht nöthig gewesen wäre,

13) *Iac. Cujacius* Observat. Lib. XVIII. cap. 23. und *Car. God. Winckler* Diff. de discrimine inter litem contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipsiae* 1761. Sect. I. §. 5.

14) *Cujacius* in Paratitl. Cod. de consortibus eiusdem litem. *Fernex* Praelect. in Cod. eod. tit. §. 2. *Gothofredus* in Comm. ad L. 2. Cod. Theodof. de cognitor. et procurat. *Wissenbach* in Comment. in libr. VII. Cod. Iustin. Lib. III. Tit. 40. pag. 206. *Bealich* P. I. Conclus. XIV. nr. 54. *Wernner* Observat. for. T. I. P. I. Observat. 305. nr. 82. et 83. *Wernner* cit. Diff. §. 16. und *Breuning* §. 9.

15) L. 40. §. 3. D. de procurat.

wäre, dem Geseß die Worte: *post litem legitime ordinatam*, die in der Originalverordnung, wie schon oben bemerkt worden, nicht standen, bey dessen Aufnahme in den Justinianischen Codex absichtlich beizufügen; so verdient wohl die erstere Meinung um so mehr den Vorzug vor der letztern, weil von einer Rechtsache eigentlich erst dann gesagt werden kann, daß sie nach allen ihren Theilen *legitime ordinirt* sey, wenn die Litiscontestation geschehen ist ¹⁶⁾). Endlich pflegt man zu den vermutheten Sachwaltern

5) auch noch diejenigen zu zählen, welche die zu der streitigen Rechtsache gehörigen Urkunden in Händen haben ¹⁷⁾). Allein nach dem römischen Rechte findet bey diesen kein vermutheter Auftrag statt, und die Reichscammergerichtsordnung ¹⁸⁾) verordnet ausdrücklich, daß derjenige, welcher Urkunden, die zur Entscheidung der Sache gehören, in Händen hat, nur zu den vorbereitenden Theilen des Processes, und unter der Bedingung zugelassen werden solle, daß er zu den Verhandlungen, welche die Hauptsache angehen, eine wahre Vollmacht be-
 be-

16) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 444. seqq.

17) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. Cod. de procurat. MEVIUS Part. III. Decis. 23. GAIL Lib. I. Observ. 133. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. LEYSER Specim. LIII. medit. 3. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Es for in den Grundsätzen des gemeinen und Reichsprozesses §. 45. a. Not. I. nr. 5. Elaprotz in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. HENNE cit. D. II. §. 16. und BREUNING cit. Diss §. 10.

18) 1. Th. Kap. 21. §. 2. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede 3. Th. S. 60.)

beybringe, worin zugleich dasjenige, was er bisher verhandelt hat, genehmiget werde; dahingegen ein vermutheter Sachwalter nach dem römischen Rechte nicht nur im Anfange des Rechtsstreites, sondern auch noch nachher gegen die bestellte Sicherheit wegen der Genehmigung zugelassen wird, ohne daß er erst noch eine wahre Vollmacht beybringen darf ¹⁹⁾).

Uebrigens ist noch zu bemerken,

1) daß diejenige Parthey, in dessen Namen der vermuthete Sachwalter handeln will, fähig seyn müsse, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen ²⁰⁾. Es bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, daß man die Ertheilung eines Auftrags bey dem nicht vermuthen kann, der einen Procurator zu bestellen unfähig ist. Also für einen Rasenden, oder Wahnmüthigen, oder Unmündigen wird ein vermutheter Sachwalter nicht zugelassen. Es läßt sich auch von solchen Personen keine Rathabition erwarten, wegen welcher doch der vermuthete Sachwalter Caution leisten muß ²¹⁾).

2) Wird

19) *L. 35. pr. und L. 40. §. 4. D. h. e. Dapp* in dem angef. Versuche §. 448. — 450.

20) *LAUTERBACH* in Colleg. Pandect. h. t. §. 26. *STRYK* Us. mod. Pandect. T. III. Lib. XLVI. Tit. 8. §. 4. *LUDOVICI* Doctr. Pandect. h. t. §. 16. *HERT* Decis. 578. *RIVINUS* Enunciat. Iuris Tit. VII. En. 14. *WILLENBERG* Select iurisprud. civ. P. II. Exercitat. XLV. §. 11. und *Dapp* §. 467. S. 324. Man sehe hier auch noch vorzüglich nach des Herrn Geh. Justizraths *Klein* merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät 1. Band. (Berlin u. Stettin 1796. 8.) Nr. XLI. §. 25. S. 332.

21) Das Gegentheil behaupten *WEINHEIM* Tom. II. P. VI. Obs. 353. *KNORR* in der Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 1. Sp. 18.

2) Wird erfordert, daß derjenige, dessen gerichtliche Geschäfte der vermuthete Sachwalter besorgen will, nicht einen entgegengesetzten Willen erklärt habe, welches auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn er einen andern Sachwalter bevollmächtigt hat. Denn wenn gleich ein vermutheter Sachwalter den Willen desjenigen, für welchen er erscheint, nicht zu beweisen hat, so darf er doch auch nicht wider desselben Willen erscheinen. Treten daher gegründete Gegenvermuthungen ein, so wird derjenige, der sonst eine mutmaßliche Vollmacht hat, in keinem Falle, auch nicht einmal gegen Sicherheitsleistung wegen der Genehmigung, zugelassen ²²⁾).

3) Muß die Sache selbst, welche der vermuthete Sachwalter besorgen will, überhaupt einen Procurator zulassen. Endlich

4) erstreckt sich ein jeder mutmaßlicher Auftrag nur auf solche Handlungen, welche keinen besondern Auftrag erfordern ²³⁾. So z. B. kann kein vermutheter Sachwalter dem Gegentheil seiner Parthey den Eid zuschleiben, oder Documente anerkennen ²⁴⁾.

§. 389.

Systf. 4. §. 7. SCHAUMBURG Princip. prax. indic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. Cap. II. §. 7. HENNE cit. Diff. §. 20. und Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Process §. 142.

22) L. 40. §. fin. D. h. t. HENNE §. 18. Dapp §. 469. Danz §. 141. am Ende.

23) L. 26. et L. 27. pr. D. de minor. HENNE §. 19. Elaprotz Einleit. in den ord. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. S. 353. Dapp §. 514. u. folg.

24) WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 317. et Tom. I. P. VI. Obl. 416. RIVINUS Specim. except. for. Cap. VII. nr. 16. et 18.

§. 389. u. 390.

Unterschied zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Anwälten in Absicht auf das *dominium litis*. Wirkungen und heutiger Gebrauch desselben. Unterschied zwischen Sachwaltern und Advocaten.

Schon oben (§. 386. S. 220.) sind die Procuratoren in Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen, in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt worden. Der Hauptunterschied zwischen beyden besteht nach dem Röm. Rechte darin, daß gerichtliche Sachwalter vermöge einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des Rechtsstreits gehalten werden, dahingegen bey außergerichtlichen Anwälten ein solches erdichtetes Eigenthum, recht in Absicht des ihnen übertragenen Geschäftes nicht statt findet²⁵⁾. Nach dem ältern römischen Rechte wurde nämlich gar kein Procurator vor Gericht zugelassen, sondern jede streitende Parthey, sowohl der Kläger, als der Beklagte, mußte in Person erscheinen, und seine gerichtliche Angelegenheiten selbst besorgen²⁶⁾. Der Grund hiervon lag in der besondern Beschaffenheit des alten römischen Proceßes²⁷⁾. Denn dieser war durch-

aus

25) Ein anderes behauptet zwar WESKNEC. ad Pandect. h. t. nr. 8. dem auch HAWN in Notis ad Eundem bestimmt. Allein diese Meinung haben schon längst SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. Th. 51. Io. Henr. BERGER in Diff. de dominio litis. Vitemb. 1696. §. 19. Iust. HENN. BOEHMER Diff. elusd. arg. Halae 1709. Cap. I. §. 23. und Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 63. Not. v. S. 41. widerlegt.

26) Princip. I. de iis, per quos agere possum. L. 123. D. de Reg. iuris.

27) L. 2. §. 6. D. de orig. iur.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

aus formularisch, und zwar waren die Formeln der Klagen und Einreden so gefaßt, daß sie die Gegenwart der Partheyen schlechterdings nothwendig machten ²⁸). Nur einige wenige Fälle waren ausgenommen, wo es nicht möglich war, daß die Parthey in Person erscheinen konnte. Dabin gehörte, wenn der Proceß das ganze Volk, oder die Freyheit eines Menschen, oder eine Vormundschafsklage betraf. In diesen Fällen ward ein Sachwalter zugelassen ²⁹). Weil es jedoch für die Partheyen eine nicht geringe Beschwerlichkeit war, daß sie sich keines Sachwalters bedienen durften, sondern in Person sowohl klagen, als auch gegen die Klage selbst exctpiren mußten, so ließ man endlich aus Nothwendigkeit Procuratoren zu, und half sich mit einer Fiction, vermöge welcher man annahm, als ob der Procurator selbst Eigenthümer des Rechtsstreits sey, der nicht sowohl im fremden, sondern vielmehr im eigenen Namen handle. Anfangs scheint es indessen nur eigentlich in dem Falle erlaubt gewesen zu seyn, Sachwalter zu gebrauchen, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter, oder Abwesenheit wirklich außer Stande war, selbst vor Gericht zu handeln ³⁰). Allein in der Folge wurde die

Zu

28) So §. 1. C. braucht bey dinglichen Klagen der Kläger die Formel: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*; oder *aio, ius mihi esse ire, agere per fundum tuum*, oder *aio, tibi ius non esse, tignum immittum habere*. Der Beklagte hingegen antwortet: *immo meum esse aio*, oder *immo ius mihi esse aio*. Bey Personalklagen sagte der Kläger zu dem Beklagten: *Aio, te mihi dare oportere*, oder *aio, te mihi centum debere ex mutuo*. S. BRISSONIUS de formulis. Lib. V.

29) *Princ. I. de iis, per quos agere poss.*

30) *Princip. alleg.*

Zulassung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtsfachen so allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch einen Sachwalter nicht besorgt werden konnte³¹⁾. So wie nun aber, um das Eigenthum einer Sache zu erwerben, ein rechtmäßiger Erwerbungsgrund (*iustus titulus*), und eine dazu gegehenshafteste Erwerbungsart (*modus acquirendi*) erfordert werden³²⁾; so vertrat bey der Erwerbung des *dominii litis* der dem Sachwalter von der Parthey erhaltene Auftrag die Stelle eines Rechtstitels, die *litiscontestation* aber die Stelle der Erwerbungsart, oder einer *Quasitradition*³³⁾. Bey einem Defensor hingegen ersetzte die *satisfactio rati* oder *de iudicato solvendo* den Mangel des Auftrags, welche daher vor der *litiscontestation* prästirt werden mußte³⁴⁾. Die Wirkungen des *dominii litis* bestanden nun nach dem römischen Rechte darinn.

1) Der Procurator hatte das Recht, einen andern Bevollmächtigten an seine Stelle zu setzen³⁵⁾.

2) Durch den Tod des Principals erlosch die Vollmacht nicht, sondern der Procurator konnte auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren³⁶⁾.

3) Der Principal durfte nach der Einlassung auf die Klage ohne Einwilligung des Procurators nichts für sich allein in der Sache vornehmen³⁷⁾.

2 2

4) Die

31) L. 2. et 26. C. h. t. BOEHMER cit. Diff. Cap. I. §. 20 — 22.

32) L. 31. D. de acquir. rer. dom. L. 20. Cod. de pactis.

33) L. 22. Cod. de procurat. BOEHMER cit. Diff. Cap. I. §. 26.

34) L. 40. §. 3. D. h. t. BOEHMER c. 1. §. 27.

35) L. 23. C. h. t.

36) L. 23. C. h. t.

37) L. 22. C. eod.

4) Die Vollmacht konnte auch nicht anders, als aus wichtigen Ursachen, und nach vorausgegangener Untersuchung vom Principal revocirt werden ³⁸⁾).

5) Die Sentenz wurde auf den Namen des Procurators gerichtet ³⁹⁾. Daher hatte

6) bey einer actione famosa die Wirkung der Ehrlosigkeit nicht statt ⁴⁰⁾; und

7) die actio iudicati konnte sowohl von dem Procurator, als gegen ihn angestellt werden ⁴¹⁾).

Das päpstliche Recht hat diese Grundsätze bestätigt ⁴²⁾, und auch die Reichsgesetze sprechen an mehreren Orten ⁴³⁾ von diesem Eigenthume des Rechtsstreits. Daher vertheidigen mehrere Rechtsgelehrten ⁴⁴⁾ den heutigen Gebrauch desselben. Allein der Gerichtsgebrauch stimmt mit dieser Meinung nicht überein, nach welchem
auf

38) L. 17. D. h. t.

39) L. un. C. de Satisfact., L. 1. C. de Sentent. et interlocut.

40) L. 6. §. 2. D. de his, qui not. infam.

41) L. 28. D. h. t. Klagte jedoch der Procurator actione iudicati, so konnte ihm die exceptio doli entgegen gesetzt werden, wenn er kein Procurator in rem suam wat. cit. L. 28. h. t. GIPHANIUS ad h. Leg.

42) Cap. 1. de procurat. in 6.

43) Reichsabsch. von 1507. Tit. 35. §. 6. Deput. Absch. von 1600. §. 73. R. Cammergerichtsord. Th. I. Tit. 32. §. 9. und 10.

44) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 38. CAREZOV P. I. Const. I. Definit. 22. nr. 2. BERGER Diss. de dominio litis. §. 31. et §. 35. WERNIER Observat. for. Tom. I. P. I. Ohf. 230. Frid. III. FETTER Diss. de Procuratoribus §. 4. u. a. m.

auf die Wirkungen des *dominii litis* heut zu Tage keine Rücksicht mehr genommen wird ⁴⁵⁾).

Uebrigens ergibt sich nun hieraus zugleich, wie Procuratoren und Advocaten von einander unterschieden sind ⁴⁶⁾. Ein Advocat repräsentirt seinen Klienten nicht, wie ein Procurator seinen Principal, er bekommt daher auch keine Vollmacht, sondern unterrichtet seinen Klienten bloß durch mündlichen Rath, oder setzt ihm die Schriften auf, die er vor Gericht zu übergeben hat. (§. 359.) Der Advocat muß daher ein Rechtsgelehrter seyn, welches hingegen zu einem gerichtlichen Sachwalter nicht schlechterdings erforderlich ist ⁴⁷⁾. Denn auch ein Ungelehrter kann ja eine Proceßschrift übergeben, oder die Publication einer Sentenz anhören, u. d. m. Ein Advocat leistet ferner keine Cautio ⁴⁸⁾, wird auch nicht, wie der Procurator, Eigenthümer des Rechtsstreits ⁴⁹⁾, und dergleichen mehr ⁵⁰⁾.

Q 3

§. 391.

45) I. H. BOEMMER cit. Diff. Cap. III. §. 3. seqq. HOFFMANN cit. Diff. de orig. et condit. procurator. Cap. IV. §. 11—13. REINHARDT select. Observat. ad Christianei Decisiones Vol. I. Obs. 58. WINCKLER D. de discrim. litis contestationis vet. et hod. Sect. III. §. 6. Claprot's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 86. Höpfner's Commentar über die Institutionen §. 1178. Danz Grundr. des ord. bürgerl. Proceßes §. 43.

46) Sehr ausführlich handelt hiervon GIPHANIUS im Lectur. Altorphin. pag. 3. seqq.

47) L. 11. C. de advocat. div. iudicior.

48) Vid. Tit. I. de satisfact.

49) L. 1. C. de error. advocator.

50) S. DONELLUS in commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1016.

Unterschied zwischen Procuratoren und Actoren.

Ein gerichtlicher Procurator muß ferner von einem Actor unterschieden werden. Ein Procurator kann nämlich nur von dem bestellt werden, welcher Eigenthümer von der in Frage stehenden streitigen Rechtsache ist. Wer hingegen nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem solchen, welcher desselben Vermögen zu verwalten berechtigt ist, zur Besorgung der in sein Amt einschlagenden gerichtlichen Geschäfte ist bestellt worden, wird ein Actor, und die einem solchen Anwalt ausgestellte Vollmacht *Actorium* genannt. So können z. B. Vormünder in Sachen ihrer Pupillen keine eigentliche Procuratoren, sondern nur Actoren ernennen⁵¹⁾. Das römische Recht macht zwar eine Ausnahme bey solchen Vormündern, welche Anfangs die Rechtsache ihres Pupillen vor Gericht selbst betrieben, und *litem contestirte* haben⁵²⁾. Denn da solche Vormünder durch die *litiscontestatio* das Eigenthum des Rechtsstreits, und hierdurch auch ein gesetzliches Substitutionsrecht erlangten⁵³⁾, so mußte ihnen nothwendig auch nach der *litiscontestatio* die Befugniß, einen Procurator zu ernennen, zustehen. Allein da die Wirkungen des *dominii litis* heutiges Tages überhaupt wegfallen, (§. 390.) so können sie

51) *L. 11. Cod. h. t.* Es wird jedoch dazu noch der *L. 24. pr. D. de admin. et peric. tut.* ein decretum Praetoris erfordert.

52) Cit. *L. 11. C. h. t.*

53) *L. 11. pr. D. de doli mali et met. excep. L. 4. §. fin. D. de appellat. et relat. L. 23. C. h. t. GIBBANIUS ad L. 11. C. h. t. in Lectur. Altorphin. pag. 89.*

sie auch bey Vormündern nicht mehr statt finden, wosern dem Vormund nicht in dem Tutorio oder Curatorio die Befugniß, einen andern Sachwalter zu substituiren, ausdrücklich ist eingeräumt worden ⁵⁴⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der von einem Vormund ernannte Actor, zu seiner Legitimation, nicht nur die auf ihn ausgestellte Vollmacht (actorium), sondern auch ein Zeugniß, daß derjenige, von welchem er den Auftrag erhalten, rechtmäßiger Vormund sey, (Tutorium, oder Curatorium) beybringen müsse ⁵⁵⁾; wosern nicht etwa der Vormund von eben demjenigen Gericht, vor welchem die dem Actor übertragene Rechtsache anhängig ist, zum Vormund selbst verordnet oder bestätigt worden, in welchem Falle der von dem Vormund aufgestellte Anwalt durch das ihm erteilte Actorium hinlänglich legitimirt ist, ohne daß die Beybringung eines Tutorii oder Curatorii weiter erfordert wird, weil hier dem Gerichte die Eigenschaft des Gewaltgebers ohnedem bekannt seyn muß ⁵⁶⁾.

Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder betreffen, einen eigentlichen Procurator, oder nur einen Actor bevollmächtigen könne? hängt von dem Unterschiede folgender Fälle ab.

Q 4

1) Be-

54) ROHMER Diff. de dominio litis. Cap. III. §. 10. Anderer Meinung ist jedoch Dapp in dem angef. Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 76. Not. f.

55) von Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis Kap. 28. §. 203. in der Anmerk. Hoffmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 207.

56) GAIL Lib. II. Observat. 107. nr. 5. Dapp in dem angef. Versuch §. 78.

1) Betrifft die Sache das *peculium militare* des Sohnes, welches derselbe durch eine Kriegsbedienung, oder eine andere öffentliche Charge erworben hat, so ist der Vater zur Bestellung eines Procurators in derselben nicht berechtigt, sondern der Auftrag zur Besorgung einer solchen gerichtlichen Angelegenheit muß von dem Sohne selbst erteilt werden ⁵⁷⁾. Denn in Sachen, welche dieses Vermögen betreffen, hat der Sohn die Rechte eines gewaltfreien Hausvaters ⁵⁸⁾, und kann wegen desselben nicht nur selbst klagen, auch wider den Willen des Vaters ⁵⁹⁾, sondern auch belangt werden ⁶⁰⁾. Dem Vater hingegen stehen an einem solchen Vermögen gar keine Rechte zu ⁶¹⁾.

2) Köhrt hingegen das Vermögen des Sohnes unmittelbar oder mittelbar vom Vater her, (*peculium profectitium*) so hat der Vater daran ein volles Eigenthumsrecht, und kann daher auch vermöge desselben einen Procurator bestellen, wenn darüber ein gerichtlicher Rechtsstreit entsteht ⁶²⁾.

3) In Absicht auf das *peculium adventitium*, welches nicht vom Vater, sondern anders woher erworben ist, kommt es darauf an, ob der Vater die Nuznießung desselben hat, (*peculium adventitium ordinarium*, s. *regulare*) oder nicht (*peculium adv. irregulare* s. *extraordinarium*).

In

57) L. 8. pr. D. h. 1.

58) L. 2. D. de Scito Macedon.

59) L. 4. §. 1. D. de castrensi pec.

60) L. 39. D. de obligat. et action. L. 57. D. de iudic.

61) L. 10. D. de castr. pec. L. 3. in fin. C. eodem.

62) §. 1. I. per quas pers. cuique acquir.

In dem ersten Falle hat der Vater neben der Nuznießung auch ein gesetzliches Verwaltungsrecht in Ansehung eines solchen Vermögens seiner Kinder ⁶³⁾, und kann daher vermöge desselben nicht nur die Rechtsache seiner Kinder selbst vor Gericht besorgen ⁶⁴⁾; sondern auch sowohl vor der *litis contestation*, als nach derselben, einen Procurator, und nicht blos einen Actor bestellen ⁶⁵⁾; denn die gesetzliche Administration, die ihm vermöge der väterlichen Gewalt an diesem Vermögen zusteht, ist keine gemeine Verwaltung, so wie sie der Vormund oder ein anderer Administrator hat, sondern sie besteht vielmehr in einem *exercitio dominii vicario*, welches den Kindern an diesen Gütern zugehört ⁶⁶⁾. Hat jedoch der Sohn bereits das vierzehnde Jahr seines Alters zurückgelegt, so ist der Vater bey der Bevollmächtigung eines Sachwalters an die Mitelnwilligung seines Sohns, wenn dieser gegenwärtig ist, gebunden ⁶⁷⁾. Außerdem braucht er nicht einmal zu sagen, daß er Namens seiner Kinder vor Gericht erscheine ⁶⁸⁾. Wenn hingegen der Vater die Nuznießung von dem *peculio adventitio* seiner

D 5

Kin.

63) L. 1. C. de bonis matern. L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liberis.

64) L. 8. §. 3. C. de bon. quae liber.

65) L. 1. Cod. de bon. matern. LAYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim CLXIV. med. 2. Aem. Lud. HOMBERGER zu VACH Diff. de diverso inre patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. Marburgi 1753. §. 3. und Dapp in dem angef. Versuch §. 88.

66) SCHAUMBURG in Compend. Digestor. Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

67) L. ult. §. 3. C. de bon. quae lib.

68) LAYSER cit. loc. und HOMBERGER cit. Diff. §. 14.

Kinder nicht hat, so kann zwar derselbe, wenn er die Verwaltung eines solchen Vermögens übernommen, wozu er, wenn die Kinder noch minderjährig sind, und kein besonderer Curator deßhalb bestellt worden, allerdings befugt ist ⁶⁹⁾, zur Betreibung eines darüber entstandenen Rechtshandels einen gerichtlichen Anwalt bestellen. Es ist jedoch ein solcher Sachwalter nach der Subtilität des römischen Rechts mehr ein Actor, als Procurator zu nennen, weil dem Vater in Ansehung des *peculii adventitii irregularis* die Administration anders nicht, als in der Qualität eines gesetzlichen Vormundes zusieht. (S. 46.) Da indessen die Gewalt eines Actors und Procurators in unsern Gerichten fast gar nicht unterschieden ist, so kommt es eben soviel nicht darauf an, wie man den Sachwalter nennt ⁷⁰⁾.

§. 392.

Eintheilung der Procuratoren in öffentliche und Privatsachwalter.

Obgleich das Amt eines gerichtlichen Sachwalters an sich kein öffentliches ist, so sind doch in Rücksicht der zur Versorgung gerichtlicher, besonders processualischer Geschäfte, erforderlichen Geschicklichkeit, sowohl bey den höchsten Reichsgerichten, als in den meisten teutschen Staaten gewisse dazu tüchtige Personen öffentlich angestellt, und darauf verpflichtet, fremde Angelegenheiten und die Rechtshandel der Partheyen, als Anwälde, vor Gericht zu besorgen. Diese werden öffentliche Sachwalter (*procuratores publici*)

69) *L. ult. §. 1 C. de bon. quae liber.* Dapp in dem angef. Versuch §. 93.

70) HOMBERCK cit. Diff. §. 3.

ci) genannt ⁷¹⁾). Dahin gehören z. B. die Reichshofraths-Agenten, deren gesetzmäßig nicht über dreyßig seyn sollen ⁷²⁾). Wer an dem kaiserlichen Reichshofrathe eine Sache zu verhandeln hat, muß sich eines von diesem höchsten Reichsgericht angenommenen, und verpflichteten Agenten bedienen. Nur Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs haben das besondere Recht, zur Führung ihrer beym R. H. R. anhängigen Prozesse eigene Sachwalter zu gebrauchen ⁷³⁾). Auch bey dem Kaiserlichen und Reichs-Cammergerichte sind solche öffentliche Sachwalter angestellt, deren Anzahl in den neuern Reichsgesetzen ebenfalls auf dreyßig festgesetzt ist ⁷⁴⁾). Sie werden Cammergerichtsprocuratoren genannt, und müssen aus dem Collegio der Advocaten gewählt werden; haben daher auch alle die Pflichten, wie die Advocaten, auf sich ⁷⁵⁾). Alle Partheyen, die bey dem Reichs-Cammergerichte Prozesse führen, müssen sich nach der Regel derselben bedienen. Nur bloß die Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren, Reichsstädte, und die unmittelbare R. Ritterschaft haben die Freyheit, wenn sie wollen, durch eigene abgeordnete Anwälde ihre Gerichtshandlungen besor-

71) HUBER de procuratoribus publicis, in *Praelect. ad Pand. h. t.*
HOFFMANN eit. Diff. Cap. IV. §. 7.

72) E. Malblants Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung 3. Th. 3. B. 3. Kap. S. 125. ff.

73) Reichs-Hofraths-Ordn. Tit. 7. §. 9.

74) Reichsabsch. von 1570. §. 62. Visitationsabschied von 1713. §. 99. Dapp §. 162. ff.

75) Malblant in der angef. Anleitung 1. Th. §. 115. 117. u. 118.

besorgen zu lassen ⁷⁶⁾). In den Preussischen Staaten werden solche Sachwalter, die dazu öffentlich authorisirt sind, den Unterthanen in ihren Processen als Rechtsbeistände oder Bevollmächtigte zu dienen, Justizcommissarien genannt ⁷⁷⁾).

§. 393.

Wer kann das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, und welche sind von diesem Amte ausgeschlossen?

Ein jeder kann nun der Regel nach das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, der überhaupt fähig ist, vor Gericht zu handeln, insofern nicht nach besondern Gesetzen noch eigne Qualitäten dazu vorgeschrieben sind ⁷⁸⁾). Daher sind von diesem Amte ausgeschlossen Rasende und Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender ⁷⁹⁾, Taube und Stumme, in die Acht erklärte, desgleichen Frauenspersonen ⁸⁰⁾, ausgenommen 1) wenn sie für ihre Eltern vor Gericht erscheinen, für welche sie aber doch nur dann als Sachwalter zugelassen werden, 2) wenn diese nicht selbst im Stande sind, ihre gerichtliche Angelegen-

76) Concept der Cammergerichtsordn. 1. Th. 28. Tit. Dapp §. 166.

77) Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten 3. Th. Tit. 7.

78) Princ. I. per quos agere poss. Cap. 1. de procurat. in 6to. Dapp in dem angeführten Versuch §. 125. ff. Danz §. 43. C. 114.

79) L. 40. D. de reg. iur. Dapp §. 126.

80) L. 2. D. de reg. iur. §. 11. I. de Except. L. 54. D. h. 2. L. 18. C. cod.

genheiten zu besorgen, z. B. wenn sie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden; auch b) sich sonst niemand ihrer annimmt, und c) beides aus der vorausgegangen Untersuchung richtig befunden worden ist ⁸¹⁾. 2) Kann auch eine Frauensperson für die Freyheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder, oder auch ihres Mannes vor Gericht streiten, wenn sonst niemand vorhanden ist, der dieses Geschäft übernehmen will ⁸²⁾. 3) Erlauben die Gesetze einer Mutter, für ihren Sohn gegen ein demselben nachtheiliges richterliches Urtheil die Appellation einzuwenden ⁸³⁾; so wie denn auch endlich 4) eine Frauensperson zu ihrem elgenen Vorthell einen gerichtlichen Auftrag ohne Bedenken übernehmen darf ⁸⁴⁾; dahingegen sind außer diesen Fällen Personen weiblichen Geschlechts auch noch heutiges Tages ordentlicher Weise von gerichtlichen Procurationen ausgeschlossen ⁸⁵⁾, weil ein Nichtgebrauch des römischen Rechts in Ansehung dieser Lehre unerweislich ist ⁸⁶⁾. Mindere
jäh.

81) L. 41. D. h. t. Eine Mutter kann jedoch für ihr unmündliches Kind nicht selbst vor Gericht handeln, sondern sie ist in den Gesetzen angewiesen, um einen Vormund für das Kind zu bitten. L. 18. C. h. t.

82) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. In Praxi wendet man dieß auch auf den Fall an, wenn von den oben genannten Personen jemand im Gefängniß ist, und es auf dessen Befreyung ankommt. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39.

83) L. 1. §. 1. D. de appellat. recip. vel non.

84) L. 4. C. h. t.

85) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. IX. Observ. 81.

86) Anderer Meinung ist jedoch Io. Tob. CARIACI in Diss. de femina procuratrice ad litem. Halae 1751. §. 20. seqq. Allein man sehe dagegen Dapp in dem angef. Versuch §. 151.

jährige scheinen zwar nach dem römischen Rechte zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Geschäften nicht ganz unfähig zu seyn, wenn sie nur das siebenzehende Jahr ihres Alters zurückgelegt haben ⁸⁷⁾. Denn die Gesetze wollen nur nicht, daß sie ohne Auftrag als Defensores zugelassen werden sollen, weil hier der Minderjährige sich gegen die geleistete Caution de iudicato solvendo wieder in den vorigen Stand könnte einsetzen lassen, und diese Restitution auch den Bürgen zu Statten kommt, wodurch also das ganze processualische Verfahren vereitelt werden würde ⁸⁸⁾. Dieses ist nun aber freylich nicht leicht zu befürchten, wenn der Minderjährige als Procurator vermöge erhaltenen Auftrags vor Gericht handelt, weil alsdann die actio iudicati gegen seinen Gewaltgeber angestellt wird ⁸⁹⁾. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so werden Minderjährige wenigstens in dem päpstlichen Rechte ⁹⁰⁾ welches vorzüglich in Bestimmung des processualischen Verfahrens den Vorzug vor dem römischen Rechte behauptet ⁹¹⁾, für unfähig erklärt, das

87) §. 5. I. *Quib. ex caus. manumitt. non licet.* L. 13. D. de manumiss. vindict. GIPHANIUS ad L. 51. D. h. t. in *Lectur. Altorphin.* pag. 63. VOET in *Comm. ad Pand. h. t.* §. 6. HUBER praelection. ad Pandect. h. t. §. 2. *Iust. Henn.* BOEHMER in *Iur. Eccles. Protestant.* Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 13. LAUTERBACH in *Colleg. Pand. h. t.* §. 40. et 41. und besonders Io. DAN. GRUBER *Diss. de minore procuratore.* Halae 1723. Anderer Meinung ist jedoch DAPP §. 129.

88) L. 51. pr. D. h. t. GIPHANIUS ad h. L. ur. 2. seqq.

89) L. 4. D. de re iudic.

90) Cap. 5. in fin. h. t. in 6to.

91) CARPZOV P. III. Decis. 203. RITTERSHUS *Differentiae iuris civ. et canon.* Lib. V. cap. 12.

das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, und dieses wird auch heutiges Tages nach der Meinung der practischen Rechtsgelehrten als Regel beobachtet ⁹²⁾. Ferner sind Ehrlose nicht nur nach dem päpstlichen ⁹³⁾, sondern auch nach dem römischen Rechte ausgeschlossen ⁹⁴⁾. Zwar soll nach einer Verordnung des K. Justinians ⁹⁵⁾ auf die Einrede der Ehrlosigkeit keine rechtliche Rücksicht genommen werden, wenn sie auf einer weit aussehenden Erörterung beruht, damit nicht das processualische Verfahren in der Hauptsache dadurch aufgehalten werde, während dem über das Factische jener Einrede gestritten wird. Allein wenn die vorgeworfene Ehrlosigkeit bekannt ist, oder wenigstens gleich erwiesen werden kann, so hat es keinen Zweifel, daß einem solchen Sachwalter nicht nur von der Gegenparthey desselben die Einrede der Ehrlosigkeit entgegen gesetzt, sondern derselbe auch sogar von richterlichen Amtswegen wegweisen werden könne ⁹⁶⁾. Weiter sollen auch diejenigen, welche die Gegenparthey an Macht, Reichthum und Ansehen übertreffen, (*potentiores*) nicht wieder dieselbe als gerichtliche Sachwalter zugelassen werden ⁹⁷⁾.

Noch

92) BOEHMER c. l. §. 13. nr. II. pag. 908. BERGER Eleet. disceptat. for. Tit. III. Obl. 2. HOFFMANN Diss. de origine et condit. procurator. Cap. IV. §. 7. pag. 43. WIESAND Opuscul. iurid. Specim. 9. Obl. 1. pag. 113.

93) Can. 1. et 2. Caus. III. Qu. 7.

94) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. de COCCEJI in iure civ. controuv. h. t. Qu. 8. und EMMINGHAUS ad Eundem not. b. Dapp §. 131.

95) §. ult. I. de Exception.

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19.

97) Tot. Tit. Cod. ne liceat. potent. WERNER T. I. P. I. Obl.

283. Dapp §. 153. Man pflegt jedoch solche Anwälde heut

Noch weniger dürfen Soldaten, die noch in Diensten stehen, Aufträge in gerichtlichen Sachen annehmen; sie sollten vielmehr, wenn auch die Gegenparthey dessfalls nichts eingewendet hätte, doch schon von richterlichen Amtswegen abgewiesen werden ⁹⁸⁾. Es wäre denn, daß der Auftrag bloß zu ihrem eigenen Vortheil gerichte, oder die Sache, deren gerichtliche Betreibung sie übernommen, ihr Regiment oder Compagnie beträfe ⁹⁹⁾. Hier müssen sie als Sachwalter zugelassen werden, ausserdem aber nicht, wenn sie auch nur für ihre leibliche Eltern oder für ihre Frau erschienen ¹⁰⁰⁾. Wäre jedoch dem Sachwalter weder von der Gegenparthey die Einrede der Unfähigkeit bey der litis contestation entgegen gesetzt, noch auch derselbe vom Richter removirt worden, so ist das processualische Verfahren deswegen nicht für ungültig zu halten ¹⁾. Endlich sollen sich auch

Geistl.

zu Tage zuzulassen, wenn gegen ihre Person nicht excoipirt wird.
 Mick. Gottfr. WERNER in lectiss. comment. ad Pand. h. t.
 §. 6.

98) L. 8. §. 2. D. h. t. L. 54. D. eod. §. 11. I. de except. L. 5. C. de condict. caus. dat. Der Grund dieses gesetzlichen Verbots ist ohnstreitig der, damit nicht durch die Betreibung fremder gerichtlicher Angelegenheiten der Dienst zum Nachtheil des Staats leiden möchte. Pet. de GAZV. Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora. Exerc. IV. §. 13. pag. 100. Daher wird es den Veteranen, welche nach Endigung ihrer Dienstzeit den Abschied erhalten haben, ausdrücklich erlaubt, als Procuratoren vor Gericht zu handeln. L. 8. §. 2. D. h. t.

99) L. 8. §. 2. D. cit.

100) §. 11. I. de Except. L. 7. C. de procurator.

1) L. 8. §. 2. D. h. t. — nisi hoc, tempore litis contestate, quocunque casu praetermissum est. GERNANIUS in Lecturis Altorph. pag. 18. nr. 18.

Geistliche mit gerichtlichen Procurationen weltlicher Rechtshändel nicht abgeben, weil darunter die ihnen obliegende Seelsorge leiden würde ²⁾. In Sachen ihrer Kirche, so wie auch für nahe Anverwandte, und mittheilswürdige Personen werden sie jedoch als Sachwalter zugelassen, weil ihnen in solchen Fällen auch das Postuliren vor Gericht erlaubt ist. (§. 363.) Daß übrigens ein Sachwalter noch unter der väterlichen Gewalt steht, hindert an sich an der Zulassung vor Gericht nichts ³⁾; weil ein *filiusfamilias* in Sachen, die ausser der Familie vorgehen, und wobey der Vater weder concurrirt, noch deshalb verantwortlich wird, die Rechte eines freyen Hausvaters genießt ⁴⁾.

§. 394.

Wer kann einen Procurator bestellen?

Das Recht, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen, kommt einem jeden zu, welcher Eigenthümer der in Frage stehenden streitigen Rechtsache ist, in sofern er deswegen entweder selbst klagen, oder allein belangt werden kann ⁵⁾. Wer also die Fähigkeit vor Gericht zu handeln entweder gar nicht hat, oder wenigstens nicht allein vor Gericht handeln kann, kann auch entweder gar keinen Sachwalter ernennen, oder solches wenigstens nicht für sich allein thun. Dahin gehören nun

1) die

2) *Nov. 123. Cap. 6. Cap. 2. et 4. X. ne cler. vel monachi sec. negot.*

3) *L. 8. pr. D. h. t. Ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.*

4) *L. 9. D. de his, qui sui vel alien. iuris sunt.*

5) *L. 8. pr. D. h. t. L. 17. §. 20. D. de iniur. vort h. t. §. 2. SCHULTING Prot. h. t. §. 4.*

Glücks Erlaut. d. Pand. 5. Th.

X

1) diejenigen Personen, welche unter der Vormundschaft stehen. Von diesen sind

a) zur Bestellung eines Sachwalters ganz unfähig: Rasende und Wahnmäßige, außer wenn diese Personen vernünftige Zwischenzelten haben ⁶⁾; desgleichen Kinder, welche das siebende Jahr noch nicht zurück gelegt haben. Für diese handelt entweder der Vormund selbst vor Gericht, oder er bestellt ihnen einen Actor. Taube und stumme Personen gehören in diese Classe nur in sofern, als sie den gehörigen Gebrauch des Verstandes nicht haben, sonst ist ihnen nicht verboten, einen Procurator zu bestellen, wenn sie nur auf irgend eine Art im Stande sind, ihren Willen zu erkennen zu geben ⁷⁾. Denn unter dieser Einschränkung können sie Consensualcontracte schließen ⁸⁾, folglich auch einen Auftrag in gerichtlichen Geschäften erteilen ⁹⁾.

b) Nicht ohne vormundtschaftliche Einwilligung hingegen können einen gerichtlichen Sachwalter bestellen,

1) U n m ü n d i g e und Minderjährige ¹⁰⁾.
Denn solche Personen sind auch ohne Beystand ihrer Vormünd.

6) Dapp §. 103.

7) L. 43. pr. D. h. t. Mutus et sardus per eum modum, qui procedere potest, d. i. wie ROTHIER in Pandectis Iustin. T. I. h. t. nr. XIX. not. f. sagt: (quocunque modo suam potest de e re declarare voluntatem) procuratorem dare non prohibetur. Man sehe auch Ant. FABER in Rational. ad h. L.

8) L. 4. §. 1. D. de pact. L. 48. D. de Obligat. et act. L. 124. pr. D. de Reg. iur.

9) Dapp §. 124.

10) L. 11. Cod. h. t.

münder nicht vor Gericht zu erscheinen fähig ¹¹⁾). Hätte indessen ein Minderjähriger auch allein und ohne seinen Curator einen Sachwalter bestellt, und das Urtheil wäre in der Folge zu seinem Vortheil ausgefallen, so ist dasselbe deswegen nicht ungültig, und kann daher von dem Gegentheile aus dem Grunde, daß des Minderjährigen Sachwalter nicht auf die rechtsbehörigste Art bevollmächtigt gewesen, und mithin die ganze Verhandlung desselben null und nichtig sey, keinesweges angefochten werden ¹²⁾. Denn dieß wäre ganz gegen die Absicht der Gesetz, nach welchen die Minderjährigen ihr Alter nur gegen Schaden schützen, aber nicht von dem, was ihnen zum Vortheil gereicht, ausschließen soll. Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch auf Pupillen ausgedehnt, wenn sie ohne ihren Tutor einen Sachwalter bevollmächtigt haben sollten, welcher Fall jedoch nicht leicht vorkommen wird ¹³⁾.

2) Gerichtlich erklärte Verschwender ¹⁴⁾, und

3) Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist ¹⁵⁾. Denn nach dem römischen Rechte können Frauenspersonen eben sowohl einen Sachwalter allein bestellen, als sie allein klagen, und sich wider eine Klage vertheidigen können ¹⁶⁾. Soviel hiernächst

R 2

2) die.

11) *Tot. tit. Cod. qui legit. pers. standi in iudic. hab. §. 2. I. de curator. L. 6. C. quomodo et quando iudex.*

12) *L. 24. C. h. t.*

13) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 35. Dapp §. 106.

14) *L. 1. D. de curat. fur. L. 1. C. eodem.*

15) LAUTERBACH in colleg. Pandectar. h. t. §. 36. Dapp §. 108 — 113.

16) STYRK in Ul. mod. Pandect. h. t. §. 17. Dapp §. 107.

2) diejenigen Personen anbetrifft, welche noch unter väterlicher Gewalt sind, so können dieselben zwar in Sachen, welche das *peculium profectum* oder *adventitium ordinarium* betreffen, zur Anstellung einer Klage anders keinen Sachwalter bestellen, als wenn der Vater abwesend, oder wahnwüthig ist ¹⁷⁾, weil sie nur unter dieser Einschränkung selbst klagen könnten ¹⁸⁾; hingegen dürfen sie zu ihrer Verteidigung, wenn sie in solchen Sachen die Stelle des Beklagten zu übernehmen haben, sich nach Gefallen eines Sachwalters bedienen ¹⁹⁾; so wie es denn auch ausser Zweifel ist, daß ein *filiusfamilias* in Sachen, welche sein *peculium castrense*, oder quasi *castrense* oder *adventitium irregulare* betreffen, vorausgesetzt, daß er das zur Verwaltung eines solchen Vermögens erforderliche Alter habe, nicht nur als Beklagter, sondern auch als Kläger, einen Sachwalter bevollmächtigen könne ²⁰⁾, weil er in solchen Sachen sowohl belangt werden, als auch selbst klagen kann ²¹⁾.

§. 395.

Wenn mehrere Sachwalter zu eben derselbigen Sache bestellt worden sind, was ist Rechtens?

Es kann nun nicht nur ein, sondern es können auch mehrere zu Sachwaltern in einer und eben derselben gericht-

17) *L. 8. princ. D. h. t. Dapp §. 120. u. 121.*

18) *L. 18. §. 1. D. de iudiciis. Dapp §. 28. u. 29.*

19) *L. 8. pr. D. h. t. Ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorem dare.*

20) *L. 8. pr. D. h. t.*

21) *L. 8. cit. L. 4. D. de iudic. L. 52. §. 6. D. de furt. Dapp §. 30. u. 31.*

richtlichen Sache bestellet werden. Hier kommt es zuſör, derſt darauf an, ob dieſe mehreren Sachwalter alle als Hauptanwälde, oder ob nur der eine als Hauptſachwalter, der andere aber als Subſtitut, und in ſubſidium, beſeſet worden. In dem letztern Falle kann ſich der Subſtitut nicht eher einmiſchen, als wenn ſich entweder die Vollmacht bey dem erſtern, z. B. durch den Tod deſſelben, geendiget hat, oder dieſer ſonſt behindert wird, vor Gericht zu erſcheinen ²²⁾. Sind ſie hingegen alle als Hauptſachwalter beſtellet worden, ſo iſt dieſes entweder von mehreren Theilnehmern an dem nämlichen Rechtsſtreite geſchehen, die ein getheiltes Intereſſe haben; oder die Ernennung der mehreren Hauptſachwalter iſt von einem geſchehen, den der ganze Rechtsſtreit allein angeht. In dem erſtern Falle iſt es jedem dieſer Theilnehmer erlaubt, in Rückſicht des ihm an dem ſtreitigen Gegenſtande zuſtehenden Anthells ſeinen elgenen Procurator zu beſtellen, ſo daß dieſe mehreren Sachwalter auch zugleich vor Gericht handeln können ²³⁾. In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit, oder zu verſchiedenen Zeiten geſchehen iſt. In dem letztern Falle hebt die ſpättere Bevollmächtigung der Negel nach die erſtere auf ²⁴⁾. Wenn hingegen der Eigen-

N 3

thümer

22) Jüngſt. Reichsabschied von 1654. §. 100.

23) L. 31. §. 1. D. h. t. Unius litis plurium personarum plures dari procuratores, non est prohibitum. CYPRIANUS ad h. L. in Lectur. Altorph. p. 27. nr. 5. seqq.

24) L. 31. §. 2. D. h. t. Cap. 14. X. h. t. Durch die Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, und deſſen Uebernehmung der Sache, wird die dem erſtern ertheilte Vollmacht ſtillschweigend widerrufen. THOMASII in Diff. de revocatione
taci-

thümer des Rechtsstreites zu gleicher Zeit mehrere Hauptsachwalter zur ganzen Sache bestellt, so kann zwar solches nach den römischen Rechten nicht mit der Wirkung geschehen, daß sie zugleich und mit einander vor Gericht handeln dürften; sondern es wird nur einer allein vor Gericht zugelassen, und zwar schließt derjenige die übrigen aus, welcher sich der Sache zuerst unterzogen, und die Klage angestellt, oder die Verteidigung des Gewaltgebers übernommen hat²⁵⁾. Der Grund hiervon ist, weil eines theils die Rechtsache von einem Einzigen besser besorgt werden kann, dahingegen alle zugleich einander nur hinderlich, dem Principol aber gar leicht nachtheilig seyn würden; andern Theils aber selen es auch unbillig zu seyn, die Lage des Gegners durch Bestellung mehrerer Hauptsachwalter, mit welchen er es zugleich aufzunehmen hätte, zu erschweren²⁶⁾. Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch noch heutiges Tages bey den höchsten Reichsgerichten beobachtet, nach deren Proxi zu einer und eben derselben Rechtsache nicht mehrere Hauptsachwalter ernannt werden dürfen, sondern die Vollmacht schlechterdings nur auf

tacita mandati iudicialis §. 26. OBERMAUSER Praelect. canonicae iuxta ord. Decretal. Lib. I. Tit. 88. §. 6.

25) *L. 32. D. h. t. Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit: ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator. Adde L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tutor.*

26) DONELLUS in Commentariis iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 15. BRUNNEMANN ad *L. 32. D. h. t. und Mich. God. WERNER* lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. Anderer Meinung ist jedoch *Ant. FABER* in Rational. ad *L. cit. 32. D. h. t.* Allein man sehe *STRYK* Ul. Mod. Pandectar. h. t. §. 25. und *de COCCJEI* in iure civ. contro. h. t. Qu. 6.

auf einen Hauptsachverwalter gestellt seyn muß ²⁷⁾. Allein das päpstliche Recht ²⁸⁾ weicht hierin vom röm. Rechte ab; nach welchem nicht nur mehrere Hauptsachwalter zu einer Sache bevollmächtigt werden können, sondern auch gemeinschaftlich vor Gericht handeln dürfen. Ob aber nicht auch nach dem päpstlichen Rechte einer den andern ausschließen könne, hängt von der Art ihrer Bestellung ab. Sie sind nämlich entweder unbestimmt oder bestimmt bestellt worden. Im erstern Falle ist anzunehmen, daß sie zur gemeinschaftlichen Besorgung der ihnen übertragenen Rechtsache bestellt worden sind, es kann daher keiner ohne den andern etwas in der Sache unternehmen ²⁹⁾, wenn gleich der Gegentheil darenin willigte, weil solches zum Nachtheil des Gewaltgebers gereichen möchte ³⁰⁾; es müßte ihnen denn solches bey unvermeidlichen Hindernissen gestattet seyn ³¹⁾. Sind hingegen die mehreren Hauptsachwalter auf eine bestimmte Art bestellt worden, so ist solches entweder mit der Clausel sammt oder sonders, (in solidum) oder mit der Clausel sammt und sonders (si non omnes) geschehen. In dem erstern Falle können alle so gut, wie einer für alle den Auftrag besorgen, und zwar findet hier eine Prävention statt. Ist nämlich einer dem andern zuvor.

R 4

ge

27) STARK *Ul. mod. Pand. h. t. §. 27.* Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis im allgemeinen. Kap. 26. §. 173. S. 115. in der Anm. Dapp §. 290^a

28) *Cap. 6. de procurator. in Vlt.*

29) *Ge. Lud. BOENNER Princip. iur. canon. §. 714.*

30) Dapp §. 255. Not. 2. S. 180.

31) Elaprotz's Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 82. S. 347.

gekommen, und hat sich der Sache allein unterzogen, so schließt dieser hernoch den andern so lange aus, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Nur wenn dieser nicht mehr handeln kann oder will, so kann der andere die Sache fortsetzen³²⁾. In dem letztern Falle hingegen findet keine Prävention statt, sondern es kann der eine nur denn allein und ohne den andern handeln, wenn dieser entweder verhindert ist, oder aber sonst an der Sache keinen weitem Antheil nehmen will³³⁾. Diese Grundsätze des päpstlichen Rechts nimmt auch nach dem Zeugniß bewährter Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch an³⁴⁾. Zwar meint Wernher³⁵⁾, daß heutiges Tages auch in dem Falle, da mehrere Hauptsachwalter in solidum mit der Clausel *samte oder sonders* bestellet worden, die Prävention wegfallen müsse, folglich derjenige Anwalt, der sich zuerst der Sache unterzogen, den andern deswegen nicht ausschließen könne, weil sich die Vorschrift sowohl des römischen als päpstlichen Rechts auf das *dominium litis* gründe, dessen Wirkungen heut zu Tage cessiren. Allein es ist schon von andern dagegen richtig bemerkt

32) Elaprotz a. a. O. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 3. Danz. Grdf. des gem. ordentl. bürgerl. Processus §. 43. S. 115.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. X. §. 55. sagt *Clausula in solidum in procuratoribus divisionem et occupationem atque exclusionem insert; at clausula coniunctim et singulatim magis intendit coniunctionem et simultaneam admissionem, in eventum autem et divisionem admittit.*

34) BOEHMER in iure eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 14. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 48. STARK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 27. u. a. m.

35) Observat. for. T. II. P. IX. Obf. 38.

merkt worden, daß die Wirkung der Prävention vielmehr daher entstehe, daß einer für alle bestellt worden, und solche daher statt finden könne, ohne ein Eigenthum des Rechtsstreits annehmen zu dürfen.³⁶⁾

§. 396.

Vom *procuratore in rem suam*.

Der Auftrag zur Betreibung eines gerichtlichen Rechtsstreites kann in mehreren Fällen das eigene Interesse des Sachwalters betreffen. Ein solcher Sachwalter, der zwar im Namen eines andern, aber doch zu seinem eigenen Nutzen, vor Gericht handelt, wird ein *procurator in rem suam* genannt. Dahin gehört 1) wenn ich dem Andern eine Forderung cedire, die er in meinem Namen einklagen, und, was er von dem Schuldner bekommt, behalten soll. Denn nach der Subtilität des römischen Rechts können Personalforderungen von der Person des ersten Gläubigers nicht gänzlich getrennt, und daher auf einen andern Gläubiger nicht dergestalt übertragen werden, daß dieser in eigenem Namen die directe Klage gegen den Schuldner des Cedenten aufstellen könnte. Wenn ich also einem Andern eine Forderung verkauft, oder auf eine andere Art überlassen habe, so kann er zwar in seinem eigenen Namen *actione utili* klagen³⁷⁾, allein zur Anstellung der directen Schuldklage muß ich ihm eine Vollmacht geben, daß er die Forderung, als mein Anwalt, in mei-

R 5

nem

36) BOEHMER in Diff. de dominio litis. Cap. III. §. 7. und Elap. roth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 82. Not. 5. S. 349.

37) L. 55. D. h. i.

nem Namen auskragt³⁸⁾. Ein solcher Cessionarius wird also hierdurch ein Procurator in rem suam. Denn wenn gleich ein solcher Sachwalter, in Absicht auf die Wirkung des Auftrags, als Eigenthümer anzusehen ist, so daß er auch sogar mit dem debitore cello transigiren kann³⁹⁾ so ist er doch in Ansehung des Gegenstandes und des Rechts, aus welchem er klagt, ein wahrer Sachwalter, da er in dieser doppelten Rücksicht in fremden Namen handelt⁴⁰⁾. Ein anderer Fall, wo der Procurator in rem suam als Kläger auftritt, ist 2) der, wenn ein Minderjähriger ohne Auftrag sich den Geschäften eines Großjährigen unterzogen, und letztern durch schlechte Verrichtung in Schaden gebracht hat. In diesem Falle muß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen die Restitution in den vorigen Stand suchen, oder sein Recht dem andern dergestalt cediren, daß dieser, als Procurator in rem suam, im Namen und ex mandato minoris die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann⁴¹⁾. Es giebt nun aber auch Fälle, wo der Procurator in rem suam die Stelle des Beklagten vertritt. Dahin gehört, wenn die Führung des Rechtsstreits einem solchen ist aufgetragen worden, welcher den Principal rechtlich zu vertreten schuldig ist, und welcher daher

38) Ios. FINESTRES in Hermogeniani iuris Epitom. Lib. II. ad L. 13. §. 1. D. de hered. vel act. vend. pag. 460. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 992.

39) L. 13. §. 1. D. de pact. L. 23. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.

40) LAUTERBACH D. de procuratore in rem suam §. 7. seqq. GUNDLING Larva procuratori in rem suam detracta; in Gundlingianis Et. 6. nr. 2. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 767.

41) L. 24. pr. D. de minoribus.

denselben entschädigen muß, wenn der Proceß verlohren wird. Man sehe z. B. der Käufer habe den Verkäufer, oder der Bürge den Hauptschuldner zur Vertretung aufgefordert, und ihn zum Sachwalter bestellt ⁴²⁾).

§. 397.

Welche Sachen können durch einen Procurator besorgt werden, welche nicht?

Zur Bestellung eines Procurators ist nun nicht genug, daß der Gewaltgeber das Recht habe, einen Procurator zu bestellen, und dieser einen Auftrag in gerichtlichen Sachen annehmen könne, sondern es wird auch erfordert, daß die vor Gericht zu verhandelnde Rechtsache von der Art sey, daß sie einen Procurator zulasse. Um dieses zu beurtheilen, ist nun zwischen bürgerlichen und peinlichen Rechtsachen ein Unterschied zu machen. In Ansehung der erstern gilt die Regel, daß in allen bürgerlichen Rechtsachen sowohl nach dem neuern römischen als heutigen Rechte Sachwalter zugelassen werden, wo nicht entweder die Geseze selbst eine Ausnahme machen, oder der Richter das persönliche Erscheinen der Partheyen aus hinlänglichen Gründen nach der Beschaffenheit und den Umständen der vorliegenden Rechtsache mit Rechte forden kann ⁴³⁾. Die Fälle, in welchen

a) die

42) L. 42. §. 2. D. h. t.

43) L. 26. C. h. t. In pecuniariis controversiis, etsi specialiter hoc praecepti vel sententiae minime designata auctoritas, passim unicuique, si tamen ita maluerit, per Procuratorem respondendi tribuimus facultatem: nisi forte quosdam (inferiores nonnunquam ob causas) vehementior maximi iudicis vocabit auctoritas. Vid. GYPHANIVS ad h. L. in Lectur. Altorph. pag. 95. et FORTIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XV. Not. m. pag. 103.

a) die Gesetze bey dem processualischen Verfahren vermöge einer ausdrücklichen Ausnahme keinen Sachwalter zulassen, sind folgende:

1) Konnte derjenige, welcher bey den Römern eine Volksklage (*actionem popularem*) anstellte, dazu keinen Procurator bestellen ⁴⁴⁾. Denn da nach der Natur dieser Klagen jeder von dem Volke ein Recht zu deren Anstellung hatte, so schien es unschicklich zu seyn, denjenigen als Procurator handeln zu lassen, der nach den Gesetzen in eigenem Namen klagen konnte ⁴⁵⁾. Eine Ausnahme fand jedoch in dem Falle statt, wenn mit dem öffentlichen Wohl auch der Privatnutzen des Klägers verbunden war, wo alsdann der Kläger, jedoch nicht anders, als nach vorhergegangener Untersuchung der Sache, sich eines Sachwalters bedienen durfte ⁴⁶⁾.

2) Wird auch bey dem Interdict, wodurch ein Vater seine Kinder zurückfordert, kein Sachwalter zugelassen, ausser wenn nach einer deßhalb angestellten Untersuchung sich befunden, daß der Vater durch Krankheit oder eine andere rechtmäßige Ursache verhindert werde, die Sache selbst vor Gericht zu betreiben, und überdem der Sachwalter einen besondern Auftrag erweisen könnte ⁴⁷⁾.

3) Muß der Regel nach ein jeder Eid von derjenigen Parthey in Person abgeschworen werden, welcher er zugeschoben oder auferlegt worden ist, und es wird kein
Sach.

44) L. 5. D. de popul. act.

45) vort in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 16.

46) L. 42 L. 45. §. 1. D. h. t. L. pen. D. ne quid in loc. publ. L. 3. in fin. et L. 6. D. de sepulchro. viol.

47) L. 40. pr. de procurat.

Sachwalter zugelassen, wenn er gleich zur Eidesleistung besonders bevollmächtigt worden wäre ⁴⁸⁾; es wäre denn, daß die Gegenparthey darein willigte; oder der Eid gleich Anfangs dem Sachwalter zugeschoben worden; oder die besondern Gesetze oder der Gerichtsgebrauch eines Landes die Eidesleistung durch einen Procurator zuließen ⁴⁹⁾.

b) Der Richter kann nun aber, auch außer jenen Fällen, das Erscheinen der Partheyen in Person vor Gericht verlangen, so oft ein hinlänglicher Grund dazu vorhanden ist ⁵⁰⁾. Dahin gehört,

1) wenn die summarische Beschaffenheit des Processes entweder ein mündliches Verfahren mit sich bringt, oder sonst die persönliche Gegenwart einer Parthey nothwendig macht. Dieses ist der Fall,

2) beim Consistorialproceß, wenn es besonders in Ehesachen auf den Versuch der Güte unter den strei-

48) L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. et iureiur. Nov. CXXIV. cap. 1. L. 9. §. 6. D. de iureiur. MALBLANC Doctr. de iure iurando §. 94. Elaproph Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 332. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 182. u. 183. und RÜTTMANN Elector. Cap. IV.

49) Auch an den beyden höchsten Reichsgerichten werden Eidesleistungen durch besonders dazu bevollmächtigte Anwälde ohne Anstand zugelassen. O. TAFINER Institut. iurisprud. cameral. Sect. IV. Tit. I. §. 822. und Müllers Einleitungen und Beispiele des teutschen Staats, und Fürstenrechts I. Bandes IV. Heft Nr. X. S. 457. folg.

50) Cap. I. de iudiciis in VIto. Ge. Lud. BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 711. und G. Jac. Fried. Meißner in den practischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band 26. Bemerk. S. 273.

streitenden Theilen ankommt ⁵¹⁾, oder derselbe auch sonst nach der besondern Consistorialordnung eines Landes ein mündliches Verfahren mit sich bringe. ⁵²⁾).

b) Beym Wechselproceß, wo nach wirklich geschehener, oder für geschehen angenommener Anerkennung der bey der Wechselklage zum Grunde liegenden Urkunden, im Falle nicht bewirkter Zahlung ohne Aufschub mit der Captur des Schuldners verfahren wird. Aus diesem Grunde muß der Wechfelschuldner schlechterdings in Person erscheinen, da hingegen der Wechselgläubiger sich unstreitig eines Sachwalters bedienen kann ⁵³⁾).

c) In den militärischen Gerichten, in welchen, wofern nicht etwa die Wichtigkeit der Sache ein anders erhelscht, Anwälde nicht leicht zugelassen werden ⁵⁴⁾.
Endlich

e) in Bagatellsachen ⁵⁵⁾. Sodann kann auch

2) der Richter auf das Erscheinen in Person vor Gericht in dem Falle erkennen, wenn eine Parthey auf die persönliche Gegenwart ihrer Gegenparthey ein gegründetes Recht hat, und bey dem Gebrauche desselben beharren will.

51) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LIII. med. 5. und ROEHMER c. 1. §. 711. Not. b.

52) E. Meißter in den angef. pract. Bemerk. 2. B. 26. Bem. Nr. 10.

53) Christ. Gottl. RICCIUS in Exercitat. iur. cambialis XVII. de processu cambiali Sect. IV. §. 16. REYEL Diss. de procuratoribus. §. 7. PÄTTMANN'S Grundr. des Wechselrechts §. 170. Not. a. und DANZ Grds. der summarischen Prozesse §. 45. Not. c. *).

54) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LIII. med. 1.

55) LEYSER Specim. cit. medit. 2.

will. Dieß ist der Fall in Injurienfachen, wenn es auf Leistung des Widerrufs, oder einer Abbitte und Ehrenerklärung ankommt, woben zwar von Seiten des Klägers ein Sachwalter angenommen wird, wenn er dazu besonders bevollmächtigt ist, der Beklagte aber in Person erscheinen, und jene Handlung selbst verrichten muß, wenn den Umständen nach darauf erkannt worden ist ⁵⁶). Es wären denn, daß der Beleidigte in die Zulassung eines Sachwalters willigte ⁵⁷).

In Ansehung der peinlichen Sachen ist ein Unterschied zwischen dem römischen und heutigen Rechte zu machen. Nach dem erstern soll weder von Seiten des Anklägers, noch von Seiten des peinlich Angeklagten ein eigentlicher Sachwalter zugelassen werden ⁵⁸). Denn bey dem Ankläger hinderte die dem Anklageproceß eigene *inscriptio in crimen* die Zulassung eines Anwalts, weil der Ankläger sich zur *poena talionis* verpflichten mußte ⁵⁹). Auf Seiten des Angeklagten hingegen war darum kein Sachwalter zulässig, weil der Procurator nach der röm. Proceßordnung *dominus litis* werden mußte, folglich die Sentenz gegen den Anwalt hätte gesprochen, und dieser in

56) LEYSER Vol. III. Specim. DXLIII. med. 2. Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 326. u. 327. und Weber über Injurien und Schmähschriften 2. Abth. S. 37.

57) Dapp über die Legitimation zum Proceß §. 184. Not. i. S. 141.

58) L. 13. §. 1. *D. de publ. iudic.* L. 11. in fin. *C. de iniur. Pet. de TOULLIER* in *Collectan. iuris civ.* Diff. IV. Cap. 1. pag. 164. seq. I. H. VOZNIER *D. de potestate procuratoris in causis criminalibus.* Halae 1726. rec. 1738. Dapp in dem angef. Versuch §. 185 — 216.

59) L. 7. *D. et L. fin. C. de accusat.*

in die Strafe verurtheilt werden müssen, welches doch offenbar ungereimt, und gegen die Regel gewesen wäre, *quod reatus suum teneat auctorem* ⁶⁰⁾. Jedoch war es einem jeden erlaubt, die Vertheidigung für den peinlich Angeklagten zu übernehmen, wenn er auch in keinem besondern Verhältniß mit demselben stand ⁶¹⁾; weil ein solcher Defensor nicht sowohl als Sachwalter des peinlich Angeklagten auftrat, sondern vielmehr als ein solcher betrachtet wurde, welcher die Rechte der Menschheit vertheidigte ⁶²⁾. Denn daß kein Unschuldiger verurtheilt werde, ist eine Sache, woran der ganzen Menschheit gelegen ist ⁶³⁾. Nach dem heutigen peinlichen Rechte wird nun zwar dem Ankläger der Regel nach der Gebrauch eines Sachwalters gestattet ⁶⁴⁾, da das *vinculum inscriptionis in crimen* in Teutschland wegfällt ⁶⁵⁾; es sind aber doch auch überhaupt diejenigen Fälle billig auszunehmen, da nach der besondern Beschaffenheit der Sache selbst die Gegenwart der Person unumgänglich erfordert wird ⁶⁶⁾. Soviel hingegen den peinlich Beklagten oder Angeschuldigten betrifft, so wird auch heutiges Tages bey den Haupthandlungen des peinlichen Processes, welche ohne die persönliche Gegenwart des peinlich

60) BOEHMER cit. Diff. §. 6.

61) L. 33. §. 2. D. h. t. L. 3. Cod. de accusat.

62) BOEHMER cit. Diff. §. 11. 12. et 13.

63) L. 6. D. de appellat. wo es heißt: *credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere*, und in der L. 33. cit. h. t. wird gesagt: *Publice utile est, absentes a quibuscunque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur*.

64) Peinliche Gerichtsordn. Karls V. Art. 12. u. 14.

65) BOEHMER cit. Diff. §. 34.

66) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 551.

lich Angeschuldigten nicht vorgenommen werden können, ohne Unterschied, es sey vom Untersuchungs- oder Anklageproceß die Rede, kein Sachwalter zugelassen, und daher z. B. bey der Antwort auf die peinlichen Artikel, Ablegung des Reinigungseides, Tortur, Territion, Confrontation, u. d. schlechterdings erfordert, daß der Angeschuldigte in Person erscheine⁶⁷⁾. Ist hingegen von bloßen Nebenhandlungen und solchen Sachen die Rede, die, der Gerechtigkeit unbeschadet, eben sowohl durch einen Anwalt betrieben werden können, und wo es auf kein Verhör, sondern etwa nur auf Entschuldigung der Abwesenheit, oder Auswirkung eines sichern Geleits, oder ein Fristgesuch u. d. ankommt, so ist es keinem Zweife unterworfen, daß in solchen Fällen von Seiten des peinlich Angeschuldigten ein Sachwalter zugelassen sey⁶⁸⁾.

§. 398.

In welchen Fällen müssen Partheyen in ihren gerichtlichen Rechtsangelegenheiten einen Sachwalter bestellen? und in welchen kann ein Anwalt zur Vertreibung gerichtlicher Sachen genöthiget werden.

Ist nun eine Sache von der Art, daß sie einen Procurator zuläßt, so steht es zwar der Regel nach in der freyen Willkühr einer jeden Parthey, ob sie ihre Rechtsangelegenheiten, vorausgesetzt, daß sie dazu fähig sey, selbst vor Gericht besorgen, oder zur Vertreibung derselben einen Sachwalter bestellen will. Es giebt indessen Fälle, da die Partheyen einen Anwalt bestellen müssen.

Dahin

67) Westphals Criminalrecht. Anmerk. 118. Dapp §. 229.

68) Kocu Institut. iur. crim. §. 704. Quistorpa. a. D. Dapp §. 230.

Dahin gehört 1) nach dem römischen Rechte der Fall, wenn die Partheyen *personae illustres* sind ⁶⁹⁾. Um dieses recht zu verstehen, ist zu bemerken, daß man zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die höhern obrigkeitlichen Würden und Staatsbedienungen in drey verschiedene Classen abtheilte, welche man durch besondere Titel dergestalt bezeichnete, daß einige *magistratus* den Titel *illustres* führten, andere *clarissimi*, und noch andere *spectabiles* genannt wurden. Zu den *Illustribus* gehörten vorzüglich der *Praefectus urbi*, die *Praefecti praetorio*, *consules*, und *magistri militum*, zu den *clarissimis*, die *comites consistoriani*, *Rectores provinciarum*, *Praesides* und *Consulares*; endlich zu den *Spectabilibus*, der *Praefectus augustalis*, die *Proconsules*, *Comes orientis*, et *cuiuslibet tractus Vicarii* ⁷⁰⁾. Nun sollen zwar nach der *L. 25. C. h. t.* nicht blos *illustres*, sondern auch andere vornehme Staatsbediente, welche zu den *clarissimis* und *Spectabilibus* gehörten, die sie betreffenden Rechtsangelegenheiten durch einen *Procurator* vor Gericht besorgen lassen. Denn eines Theils glaubte man, daß dadurch ihre hohe Würde herabgesetzt und verkleinert werde, wenn solche Personen selbst vor Gericht erscheinen wollten, weil sie alsdann, gleich andern streitenden Partheyen, vor Gericht stehen mußten; andern Theils besorgte man auch, daß der Richter durch ihre Gegenwart gar leicht an der unbefangenen Untersuchung der Sache gehindert, und distrahirt werden könnte ⁷¹⁾. Allein Justinian hat dieses

Gesetz

69) *L. 25. C. h. t. Nov. LXXI. cap. 1.*

70) *Iac. GUTHRIUS de officiis domus augustae Lib. I. cap. 4.*
Iac. GUTHRIEDUS in Comment. ad Cod. Theodof. Tom. I.
Lib. III. Tit. 11. pag. 335. edit. Ritter.

71) Diese Gründe führt Justinian in *Nov. 71. cap. 1.* selbst an. Man sehe auch *GUTHRIUS ad L. 25. C. h. t. in Lectur. Altorph. pag. 95.*

Gesetz hernach bloß auf die *magnificentissimos Illustres*, wie er sich ausdrückt ⁷²⁾, eingeschränkt, weil unter den *clarissimis* und *comitibus* manche sich befänden, denen es am Vermögen fehle, um die zur Bestellung eines Procurators erforderliche Kosten bestreiten zu können. Man sieht hieraus, daß sich diese römischen Verordnungen bloß auf die besondere Verfassung des römischen Staats beziehen, und daher von ihnen kein Gebrauch zu machen sey, wenigstens lassen sich die Rechte der illustren Personen in Deutschland darnach nicht beurtheilen ⁷³⁾. 2) Müssen mehrere Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellen, sofern sonst die Insinuation der gerichtlichen Verordnungen, welche jedem besonders geschehen müßte, mit zuviel Weitläufigkeit verknüpft seyn würde. 3) Wenn ganze Corpora und Gemeinheiten litigiren, die ihrer Natur nach nicht in Person erscheinen können. 4) Wenn Jemand an dem Orte, wo der Rechtsstreit geführt wird, nicht wohnhaft ist. Endlich 5) wenn nach der Verfassung des Gerichts, wo der Rechtshandel schwebt, die Bestellung eines Anwaltes nothwendig ist ⁷⁴⁾. Der Regel nach kann nun aber auch auf der andern Seite kein Sachwalter wider seinen Willen genöthiget werden, eines an-

§ 2

dern

72) Nov. 71. cit.

73) S. RITTERSHUSIUS in Exposit. Novellar. P. IX. Cap. 9. nr. 15. seqq. pag. 356. STARK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 13. BEIER Position. ad Pand. h. t. nr. 16. Mich. GOD. WARNER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 8. Anderer Meinung ist jedoch FESTEL in Diss. de procuratoribus §. 5.

74) Mettelbladt in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelehrtheit §. 121. und Mettelbladt in der Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Enghverfassung. 3. Th. §. 65.

dem Rechtsfache vor Gericht zu besorgen⁷⁵⁾. Eine Ausnahme findet jedoch 1) bey öffentlich verpflichteten Procuratoren statt, welche ohne erhebliche Ursache keinen Auftrag in gerichtlichen Sachen ablehnen dürfen⁷⁶⁾. Außerdem ist es 2) Pflicht eines jeden Procurators, welcher im Namen des Klägers vor Gericht handelt, daß er billig auch desselben Verteidigung übernehme, wenn etwa von dem Beklagten gegen ihn eine Widerklage angestellt worden wäre⁷⁷⁾; und hiezuv sind nach Vorschrift der Geseze auch mutmaßliche Sachwalter verpflichtet⁷⁸⁾. Ja sogar einem Procurator in rem suam liegt die Verbindlichkeit ob, den Cedenten, in dessen Namen er klagt, zu verteidigen, wosern nicht etwa die Cession ex necessitate, wie Ulpian⁷⁹⁾ sagt, das ist, wie man es gewöhnlich erklärt, ex causa onerosa, z. B. vermöge eines

ge-

75) L. 8. §. 1. D. et L. 17. C. h. t.

76) Reichs- Cammergerichtsbordn. 1. Th. Tit. 19. §. 5. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 10.

77) L. 33. §. 3. et 4. D. h. t. Diesen ist L. 17. C. h. t. nicht entgegen, man sehe de COCCETTI in iure civ. controuv. h. t. Qu. XI. Daß dieses auch noch heutiges Tages gelte, weil es nicht in dominio litis, sondern in der Natur des mandati ad litem seinen Grund hat, zeigt I. H. BOEHMER in Diff. de dominio litis. Cap. III. §. 16.

78) L. 35. D. h. t.

79) L. 33. §. fin. D. h. t. Siquis in rem suam Procurator interveniat, adhuc erit dicendum, debere eum defendere, (sc. eum, cuius nomine experietur); nisi forte ex necessitate fuerit factus.

80) So verstehen diese Worte CUIACIUS ad L. cit. GIPHANIUS in Lectur. Altorph. pag. 32. BACHOVIVS ad Treutlerum Disp. 1X. Thes. I. Lit. A. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr.

geschlossenen Kaufs, geschehen wäre⁸⁰⁾, oder, welches nach der Erklärung anderer Rechtsgelehrten⁸¹⁾ dem Sinne jener Worte gemäßer zu seyn scheint, der Procurator in rem suam sich eine Cession an Zahlungsstatt hätte gefallen lassen müssen, um dadurch seine Forderung zu erhalten⁸²⁾, oder die Cession sonst zur Deckung eines Regresses geschehen wäre⁸³⁾. Denn unter solchen Umständen kann man es dem Procurator der Billigkeit nach nicht zumuthen, daß er sich auf die seinen Principal betreffende Reconvention einlasse, und denselben deshalb vertheidige. Eben diese Verbindlichkeit fällt aber auch alsdann weg, wenn der Procurator in rem suam nicht im Namen seines Gewaltgebers, sondern, wie ihm frey steht⁸⁴⁾, *actione utili* im eigenen Namen klagt⁸⁵⁾.

§ 3

Denn

XXXIII. not. a. *Iul. PACIUS Legum conciliatar. Cent. II. Qu.*

48. *de COCCEJI in iure civ. contrrov. h. t. Qu. 18. u. a. m.*

81) *E. Ger. NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. Oper. pag. 87. Ant. FABER in Rational. ad L. 33. §. 5. D. h. t. und VORT in Commentar. ad Pandect. Lib. V. Tit. I. §. 84.*

82) *J. B.* wenn der Gläubiger von seinem Schuldner eine Forderung an Zahlungsstatt hat annehmen müssen; oder wenn bey einer Erbtheilung die Auseinandersetzung der Miterben nicht anders möglich war, als daß Einem zu seinem Erbtheil ein Capital zuerkannt werden mußte. *L. 3. D. Famil. ercisc.*

83) *J. E.* Wenn sich einer von den mehreren Bürgen, welcher auf die Bezahlung der ganzen Schuld belangt worden, die Rechte des Gläubigers hat erdiren lassen, um seinen Regreß gegen die übrigen Mitbürger nehmen zu können.

84) *L. 16. D. de pact. L. 65. D. de procurat.*

85) Von diesem Falle ist ohnstreitig die *L. 34. D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt; *Si quis in rem suam procuratorio nomine agat, velut emtor hereditatis, an debeat invicem venditorem*

defen-

Denn auf diesen Fall geht das Edict des Prätors nicht, welches, so wie Ulpian⁸⁶⁾ die Worte desselben aufbehalten hat, schlechterdings voraussetzt, daß der procurator in rem suam im Namen seines Gewaltgebers die ihm cedirte Klage anstelle. Es muß nur aber freylich die Cession ohne Gefährde, und nicht etwa blos in der widerrechtlichen Absicht geschehen seyn, um die Gegenforderung des Beklagten, welcher deßhalb eine Widerklage anstellen wollte, zu vereiteln.

§. 399.

Legitimation des Procurators. Falscher Sachwalter. Wie lange findet Rehabilitation seiner Handlungen statt?

Ein Sachwalter muß nun auch seine Zulässigkeit, im fremden Namen vor Gericht zu handeln, sowohl dem Richter, als dem Gegner seines Principals auf rechtsbe-

hört.

defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere, wie *Ant. FABER* in *Coniectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 10.* überzeugend dargethan hat, welcher daher nicht ohne Grund statt *procuratorio nomine*, vielmehr *Procurator proprio nomine* liest. Ihm folgen hierin *Ger. NOODT cit. loc. Ant. SCHULTING* in *Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 14.* und *Bern. Henr. REINOLD Varior. ad ius civ. pertinent. Cap. XVIII. in Opuscul. a TUGLERO edit. pag. 140. sqq.* Andere erklären jedoch die L. 74. von einem solchen *Procuratore in rem suam*, der ex cessione titulo oneroso facta die directe Klage anstellt. *C. DONELLUS* in *Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 13. pag. 1049.* *VOET c. I. POTHIER h. t. nr. XXXIII.* und *Frair, BECMANN* in *Consil. et Decis. P. I. Decis. XIV. nr. 6.*

86) L. 53. §. 3. D. h. t.

hörige Art darzutun im Stande seyn, welches man die Legitimation zum Proceß nennt. Diese gehört zu dem Wesentlichen des processualischen Verfahrens, und ist so nothwendig, daß deren Verabsäumung eine Nichtigkeit in Ansehung des ganzen Processus nach sich zieht⁸⁷⁾. Daher kann die Berichtigung der Legitimation nicht nur von den Partheyen in jedem Theile des Processus, ja selbst noch bey der Execution urgirt werden⁸⁸⁾; sondern es gehört auch zum Amt des Richters, den Mangel in Ansehung derselben abzuheben, wenn auch gleich solcher von keiner Parthey wäre in Anregung gebracht worden⁸⁹⁾. Die Legitimation der Sachwalter ist jedoch verschieden, je nachdem dieselben entweder vermöge eines wirklich ertheilten, oder nur vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, wovon der folgende Paragraph ein mehreres enthält. Wer sich auf keine Weise zum Proceß zu legitimiren im Stande ist, sondern sich fälschlich für einen Sachwalter ausgibt, ohnerachtet er weder einen wahren noch mutmaßlichen Auftrag für sich hat, wird ein falscher Sachwalter genannt⁹⁰⁾, obwohl

§ 4

auch

87) J. R. R. §. 121. u. 122. Cap. 4. X. de procurat. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 2. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 20. nr. 4.

88) Cap. 4. X. h. 2. l. II. BOHMEN in iure eccl. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17. Dapp §. 5.

89) Cap. 12. X. de except. WERNER Observat. for. T. II. P. VI. Obl. 37. FRATR. BECHMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Decis. 16. nr. 9. Dapp §. 6.

90) In den Gesetzen wird zwischen einem *procurator falsus* und *non verus* ein Unterschied gemacht, und unter dem ersten ein solcher verstanden, welcher weiß, daß er mit keiner Vollmacht versehen ist, und doch eine solche zu haben fälschlich vergiebt;

leht

auch derjenige diesen Namen verdient, welcher nach rechtmäßig geendigter Vollmacht seine Verhandlungen willentlich vor Gericht fortsetzt, gleichsam als wenn gar keine Revocation erfolgt wäre ⁹¹⁾). Ein solcher falscher Sachwalter haftet nicht nur für allen Schaden und Interesse ⁹²⁾; sondern es sind auch die Handlungen desselben *ipso iure* nichtig ⁹³⁾, und ihnen kann die *exceptio falli procuratoris* in jedem Theile des Processus entgegengesetzt werden ⁹⁴⁾, sofern nicht die Parthei, für welche der falsche Sachwalter vor Gericht gehandelt hat, desselben Handlungen genehmiget ⁹⁵⁾. Eine solche Ratihabition findet nun zwar so lange noch immer statt, als noch kein richterliches Erkenntniß in der Sache erfolgt ist; weil alsdann noch *lis pendens* ist, und daher wegen des ungewissen

letzterer hingegen wird derjenige genennt, welcher *bona fide* glaubt, einen Auftrag zu haben, ob er sich gleich hierin irrt. Man vergleiche *L. 12. D. de solut.* Doch findet man, daß auch ein *procurator non veras* zuweilen *falsus* genennt wird. *L. 8. C. de condict. indebiti.* Man sehe *los. Fern. de RETES Opuscul. Lib. II. Sect. II. cap. 4.* (in *Thef. Meermann. Tom. IV. pag. 127.*) und *WALCH ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. V. §. 178. pag. 346.*

91) *Cap. 4. X. h. t. Burck. BARDILI Diss. de falso procuratore.*

Cap. III. §. 23. Ge. Lud. BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 717.

92) *Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerlichen Processus §. 127. not. d.*

93) *L. 27. pr. D. et L. 24. C. h. t. L. 1. C. quib. res iudic. non nocet.*

94) *Cap. 4. X. h. t. BARDILI cit. Tract. Cap. VII. §. 74. BOEHMER cit. Princip. §. 717. in fin.*

95) *Hieron. Frid. SCHORCH Diss. de ratihabitione gestorum a falso procuratore. Erford. 1732.*

wissen Ausganges des Processes noch kein Theil ein ius quaesitum hat, welches ihm durch die Ratihabition des andern Theils entzogen würde ⁹⁶⁾). Allein ist die Genehmigung erst nach der Sentenz des Richters erfolgt, so kommt es nach der gewöhnlichen Lehre darauf an, ob die Sentenz zum Vortheil der Parthey des falschen Procurators ausgefallen ist, oder nicht. Ob nun gleich in dem letztern Falle die Ratihabition ohne Zweifel auch noch post sententiam statt findet, weil der Principal dadurch niemanden als sich selbst, präjudicirt ⁹⁷⁾); so behauptet man doch in dem erstern Falle fast allgemein, daß das richterliche Urtheil durch die erfolgte Genehmigung keine gültige Kraft erhalten könne, weil die Gegenparthey von dem Augenblicke an, da die Sentenz pro falso procuratore gesprochen worden ist, ein Recht erworben haben soll, sie als nichtig anzufechten, welches Recht ihr durch die Ratihabition, die von dem Principal des falschen Echwalters bloß zu seinem Vortheil geschehen ist, nicht wieder entzogen werden könne ⁹⁸⁾). Man nimmt indessen doch den Fall aus, wenn die Gegenparthey des falsi procuratoris wohl gewußt, daß derselbe sich auf keine Weise durch

96) *L. 56. D. de iudiciis.* VOET in *Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10. circ. fin.* LAUTERBACH in *Colleg. theol. pract. Dig. h. t. §. 28.* WESTENBERG in *Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 14. de COCCEJI in iure civ. contröv. h. t. Qu. 5. in Resp. ad object. 2.*

97) *L. 3. §. ult. D. rem rat. haberi. L. 1. C. quib. res iudic. L. 3. C. quom. et quando iudex.* FRANTZKIUS in *Commentar. ad Dig. h. t. nr. 28.*

98) LAUTERBACH *c. l. §. 28.* HUBER in *Praelect. iuris civ. h. t. §. 8.* PEREZ in *Cod. h. t. nr. 14.* STRUV in *Syntegmat. iur. civ. Exercit. VII. Th. 27.* ZOESIUS in *Commentar. ad Pandect. h. t. nr. 17.* WERNHER *Observat. for. Tom. I. P. I. Obl. 257. u. a. m.*

durch einen Auftrag derjenigen Parthey zu legitimiren vermöge, für welche er vor Gericht gehandelt hat, und als Sachwalter dennoch zugelassen worden ist. Denn in diesem Falle müßte sich der Gegentheil selbst zuschreiben, daß er, ohne Widerspruch, sich mit demselben in einen Proceß eingelassen, und da es ihm frey stand, auf Legitimation zu dringen, so habe er durch sein Stillschweigen desselben Handlungen selbst anerkannt⁹⁹⁾. Diese gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ist indessen nicht außer Zweifel, wenn man erwägt, a) daß Ulpian¹⁰⁰⁾ ohne allen Unterschied sagt: si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus; deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta; und b) daß die Gesetze die Handlungen des falschen Sachwalters bloß zu Gunsten derjenigen für nichtig erklären, dessen Geschäften sich derselbe unterzogen hat, so daß der Eigenthümer dasjenige, was ohne seine Einwilligung von demselben vor Gericht geschehen, nicht anzuerkennen schuldig ist. Es würde also eine exceptio de iure tertii seyn, wenn der Gegentheil auf die Nullität des gerichtlichen Verfahrens in dem Fall dringen wollte, da der Principal des falschen Sachwalters die Handlungen desselben durch seine Ratification zu seinem Vortheil anerkennen will. Denn was zu Gunsten einer Parthey verordnet ist, darf doch auch nicht zu ihrem Nachtheil ausgelegt werden¹⁾. Uebri-

gens

99) de COCCEJ c. l. resp. 1. ad instant. 3. et EMMINGHAUS ad Eundem h. l. not. w. Anderer Meinung ist jedoch MÜLLER ad Struvium h. t. §. XXVII. not. 7.

100) L. 56. D. de iudiciis.

1) Man sehe hier vorzüglich MEVIUS T. I. P. V. Decis. 98. et Tom. II. P. VI. Decis. 139. SCHORCH cit. Diss. §. 14. 1. qq. und Io. Gott. WEIDLER Exercit. iurid. de negotiis a falso procura-

gens kann die Genehmigung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Dahin gehört, z. B. wenn der Eigenthümer einen von den Verhandlungen des falschen Sachwalters abhängigen actum vornimmt, oder gegen die ihm nachtheilige Sentenz, ohne auf die Richtigkeit derselben zu provociren, blos eine Appellation bey der höhern Instanz interponirt²⁾).

§. 400.

Wie geschieht die Legitimation eines Sachwalters? von Einrichtung der Vollmachten.

Sobald hiernächst die Art betrifft, wie die Legitimation eines Sachwalters bewirkt wird, so hängt diese von der Bestellungsart desselben ab. Ein Sachwalter handelt nämlich entweder vermöge eines wirklich erteilten oder vermutheten Auftrags vor Gericht. In dem letztern Falle besteht die Legitimation darin, daß der Sachwalter erweislich mit dem Principal, für welchen er erscheint, in einem solchen Verhältniß stehe, daß nach Auslegung der Gesetze ein Auftrag vermuthet werden kann, (§. 368.) und daß er die erforderliche Sicherheit bestelle; ich werde von dieser Sicherheitsbestellung §. 404. handeln. In dem ersten Falle hingegen geschieht die Legitimation durch Beybringung einer zu Recht beständigen Vollmacht. Diese kann nun entweder mündlich oder schriftlich erteiltet werden. Ersteres geschieht, wenn der Gewaltgeber, im Gericht zu Protocoll giebt,

curatore gestis eorumque ratihabitione. *Vitemb.* 1737. Cap. IV. §. 28.

2) *L. 3. §. 1. D. rem ratam haberi.* VOET h. t. §. 10. SCHÖRCH cit. *Dissert.* §. 19.

giebt, daß er den Herrn Cajus in seiner Proceßsache wider den Titius zu seinem Sachwalter bestellt habe, und dieser seine Einwilligung ebenfalls zu den Acten erklärt 3). Es kann aber auch die Bevollmächtigung aussergerichtlich vor einem Notar und zwey Zeugen geschehen, worüber jedoch ein förmliches Instrument errichtet werden muß 4). Bey den Römern pflegte auch eine Parthey der andern die geschehene Bevollmächtigung ihres Sachwalters durch ein an sie erlassenes Schreiben zu melden, welches dann die Folge hatte, daß eine weitere Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung nicht nöthig war 5). Schriftlich geschieht die Bevollmächtigung durch Ausfertigung einer förmlichen Vollmacht, oder durch Ausstellung eines bloßen Blanquets. Letzteres muß der Gewaltgeber entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben, und so einrichten, daß die Absicht des Auftrags hinreichend daraus ersichtlich ist 6). Ein solches Blanquet ist jedoch zur vollkommenen Legitimation des Sachwalters nicht hinreichend, wosern es nicht noch behörig ausgefüllt, oder wegen Beybringung einer ordentlichen Vollmacht, Caution geleistet wird 7). Eine förmlich aus-

gefer-

3) Dapp §. 242. folg.

4) Dapp §. 247. folg.

5) L. 65. D. h. e.

6) J. B. Blanquet zur Vollmacht in Sachen meiner wider N. N. ein Darlehn betreffend, an meinen Sachwalter N. N. bey dem hochlöbl. Stadtrichter zu N. Erlangen den 27. Dec. 1797.

Titius.

7) STRYK Introd. ad praxin for. Cap. X. §. 10. Nic. Chrifiph. de LYNCKER de formis procuratoriis. Cap. V. §. 1. CARPZOV P. I. Conf. I. definit. 28. SCHAUENBURG Princip. prax. iurid. Cap. II.

gen.

gefertigte Vollmacht muß folgende Bestandtheile enthalten, 1) den Namen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, ingleichen den Aufenthaltsort des Gewaltgebers, und wenn ein Vormund einen Actor bestellt, auch den Namen des Pflegbefohlenen. Wenn hingegen ein Minderjähriger den Sachwalter bestellt hat, so muß der Name des Vormundes beigefügt werden ⁸⁾. 2) Den Gegenstand des Rechtsstreits, 3) das Gericht, wo derselbe geführt wird, 4) den Namen des Gegentheils, nebst seinem Stand, Amt oder Gewerbe, auch seinem Aufenthaltsorte. 5) Den Namen, auch Stand, Amt und Aufenthaltsort des bestellten Sachwalters. 6) Die Bestimmung der ihm ertheilten Gewalt; auch Genehmigung des bisher verhandelten, wenn der Sachwalter nicht gleich Anfangs eine Vollmacht beigebracht hat. 7) Der Tag, Monat und Jahr. 8) Die Unterschrift des Gewaltgebers ⁹⁾, und, wenn derselbe bey der Bestellung des Sachwalters an die Einwilligung eines Andern gebunden war, so ist auch dessen Unterschrift erforderlich, z. B. des Vormundes eines noch

gen 22. not. ***. de coocxj in iure civ. contro. h. t. Qu. 2. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 202. Estors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 2. Th. §. 25. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 85. S. 358. Seyfarts teutscher Reichsproceß Kap. V. §. 6. Danz §. 153. Not. ***. S. 228.

8) Dapp §. 253.

9) Wenn der Gewaltgeber nicht schreiben kann, so ist es genug, wenn er statt der Namensunterschrift in Gegenwart eines Notarius oder einer Gerichtsperson oder eines oder zweyer Zeugen drey Creuze macht, deren Richtigkeit jedoch von den anwesenden Personen glaubhaft bescheiniget werden muß. Dapp §. 258.

noch minderjährigen Constituenten ¹⁰⁾. Eine Unterfiegelung der Vollmacht ist jedoch nach gemeinen Rechten eben so wenig, als die Unterschrift des Sachwalters nöthig ¹¹⁾. Allein daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers gestellt seyn müsse, verordnen nicht nur die teutschen Reichsgesetze ausdrücklich ¹²⁾, sondern es ist dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauch gemäß ¹³⁾.

§. 401.

10) Dapp §. 257. Eben dieses wird auch bey Frauenspersonen in solchen Ländern erfordert, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist. Hier müssen die von Frauenspersonen ausgestellten Vollmachten neben ihrer Unterschrift auch mit der Unterschrift ihres Curators, versehen seyn. Dapp §. 258. Not. c.

11) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 41. §. 3. Danz §. 133. Not. *).

12) Jüngst. Reichsabsch. §. 99. Nach dem Röm. Rechte ist es nicht nöthig, daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers gestellt wird. Denn da der Sachwalter durch die Litiscontestation das Eigenthum des Rechtsstreits erlangt hatte, so hörte der gerichtliche Auftrag durch den Tod des Gewaltgebers nicht auf, sondern der Sachwalter konnte den Rechtsstreit auch nach dem Tode seines Gewaltgebers fortsetzen, und auch das Urtheil auf ihn gestellt werden. Dapp §. 270—271. Allein da diese Wirkungen des *dominii litis* heut zu Tage nicht mehr statt finden, so erlischt die Vollmacht durch den Tod des Gewaltgebers. Die Erben desselben müßten also eigentlich zur Wiederannahme des Rechtsstreits vorgeladen werden, um sich zu erklären, ob sie den Proceß fortsetzen wollten. Weil nun aber dergleichen Ladungen *ad reallumendandum* zu nicht geringer Verzögerung der Processse gereichten, so wurde deswegen in dem jüngsten Reichsabschiede verordnet, daß die Vollmachten zugleich auf die Erben des Gewaltgebers gestellt werden sollen. *straxi* Ul. mod. Pand. h. t. §. 29. *de* LYNCKER *de formis procuratoriis* Cap. II. §. 7. et 8.

13) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap. II. gen. §. 24. Elap-
roths Einleitung 1. Th. §. 25. nr. 1. S. 355. Danz §. 135.

§. 401.

Allgemeine und besondere Vollmacht. Gewalt eines
Sachwalters cum libera.

Die Vollmacht eines gerichtlichen Sachwalters kann nun nach dem Unterschiede ihres Inhalts entweder eine General- oder Specialvollmacht seyn. Der Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Vollmacht ist auf mehr als eine Art zu erklären ¹⁴⁾. Steht man auf den Gegenstand, das ist auf die zu betreibenden Rechtsachen, so wird diejenige Vollmacht, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, sowohl gegenwärtige, als künftige Rechtshändel gerichtet ist, eine allgemeine ¹⁵⁾ diejenige hingegen, welche nur auf einen ein-

14) Von dieser Eintheilung handelt sehr ausführlich Rud. Christ. HENNE in Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita §. 3 — 8. Man sehe auch Nettelblads Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 119.

15) Von einem solchen mandato generali exercendarum litium ist die L. 60. D. h. t. zu verstehen, wie Ger. NOODT de pactis et transact. esp. 27. (Oper. T. I. pag. 559.) zeigt. Man vermische damit nicht eine solche Generalvollmacht, die auf alle und jede sowohl gerichtliche als aussergerichtliche Geschäfte geht. (§. 387. nr. IV.) Ein solcher Procurator universalis kann für seinen Principal Gelder in Empfang nehmen, Zahlung leisten, vertauschen, Vergleiche schließen, dem Gegner desselben den Eid bescriben, Novation eingehen, und andere dergleichen Handlungen vornehmen, wozu sonst eine besondere Vollmacht erfordert wird, nämlich wenn solches der Nutzen des Eigenthümers, oder die Natur des ertheilten Auftrags mit sich bringt. L. 58. et 59. D. h. t. L. 12. D. de pactis. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 20. §. 1. D. de novat. L. 87. D. de solut.

einzelnen Rechtsstreit gehet, eine besondere Vollmacht genennet ¹⁶⁾. In dieser erstern Bedeutung fallen nun freylich bey einer Generalvollmacht manche derjenigen Bestandtheile weg, welche nach dem Inhalte des vorigen Paragraphen zu einer schriftlichen Specialvollmacht erfordert werden, nämlich die Nummern 2. 3. 4. und 6. Sodann wird eine allgemeine Vollmacht auch diejenige genennet, welche zwar nur zur Führung einer einzelnen, aber doch zu einer ganzen Rechtsache, und also nicht bloß zu dieser, oder jener Handlung in derselben, ist ausgestellt worden; dahingegen unter einer besondern Vollmacht diejenige verstanden wird, welche bloß zu einzelnen Handlungen in einer streitigen Rechtsache gegeben worden ist ¹⁷⁾. In dieser Bedeutung kann also ein Procurator eine allgemeine Vollmacht haben, wenn er zu einer einzelnen ganzen Rechtsache bestellt ist, welcher in jener erstern Bedeutung nur eine besondere Vollmacht hat. Ich bemerke hierbey, daß es zwar nach dem römischen und canonischen Rechte von

ROODT c. 1. Io. VAUDUS in var. quaestion. iur. civ. Lib. I. Qu. 47. und VINNIUS in select. iur. quaestion. Lib. I. cap. 9. Diese Macht hat hingegen kein Procurator generalis in der oben angegebenen Bedeutung, wie L. 60. cit. h. t. lehrt.

16) In dieser Bedeutung verordnet der Jüngst. Reichsabfch. §. 101. daß die in den höchsten Reichsgerichten zu übergebende Vollmachten allgemein und auf alle und jede Rechtsachen des Gewaltgebers gestellt seyn, und keine procuratoria specialia angenommen werden sollen. Dapp §. 283. folg.

17) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 716. In den Gesetzen wird ein solcher Procurator ad unam speciem constitutus genant, welcher bloß zu einer einzelnen Handlung bevollmächtigt worden. L. 10. C. h. t. L. 8, C. quib. pet. tutor.

von dem freyen Willen der Partheyen abhängt, ob sie zu einer einzelnen ganzen Rechtsache, oder nur zu einzelnen processualischen Handlungen in derselben, oder überhaupt zu allen ihren sowohl gegenwärtigen als zukünftigen Rechtsachen einen Sachwalter bestellen wollen ¹⁸). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird ein Procurator, der nur zu einer einzelnen processualischen Handlung bevollmächtigt worden, in der Regel nicht zugelassen, sondern er muß zur ganzen Rechtsache bestellt seyn ¹⁹), wofern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, welche ihrer Natur nach einen besondern Auftrag erfordern. Daher wird in der Praxis eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genannt, welche auf solche Handlungen gerichtet ist, die ohne einen besondern Auftrag des Gewaltgebers von einem Sachwalter nicht unternommen werden können ²⁰). Welche Handlungen nun von der Art sind, daß sie einen besondern Auftrag erfordern, ist in den Gesetzen nicht deutlich bestimmt, sondern es werden nur hier und da einige Fälle angeführt, und dabey bemerkt, daß in denselben eine auf die ganze Rechtsache gestellte Vollmacht nicht hinreiche, sondern hierzu eine besondere Auftragsertheilung erfordert werde ²¹). Es haben indessen die Rechtsgelehr-

§ 2

18) L. 1. §. 1. L. 3. L. 40. pr. D. h. t. L. 63. D. cod. L. 17. §. fin. D. de iureiur. Cap. pen. X. h. t. Dapp. §. 284.

19) R. R. Kammergerichtsordn. 3. Th. 12. Tit. §. 9. HENNE cit. Diff. §. 8. Estors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 1. Th. §. 48. nr. 1.

20) HENNE cit. Diff. §. 5.

21) L. 60. et 63. D. h. t. L. 25. §. 1. et L. 26. D. de minor. L. 17. §. 3. L. 13. et 10. D. de iureiur. L. 65. §. 7. D. pro socio Cap. 9. X. de arbitris.

lehrten hieraus die Regel abgezogen, daß bey allen Handlungen, welche von Wichtigkeit sind, und dem Gewaltgeber grossen Nachtheil bringen können, eine allgemeine Vollmacht nicht hinreichend sey, sondern der Sachwalter, wenn er solche vornehmen wolle, sich mit einer besondern Vollmacht legitimiren müsse²²⁾. Da es jedoch Handlungen im Proceß giebt, welche von nachtheiligen Folgen für den Principal seyn können, und welche dennoch keinen besondern Auftrag erfordern, z. B. die *litiscontestatio*, Antwort auf Positionen oder *Sakslücke*²³⁾ u. d. so ist jene Regel noch näher dahin zu bestimmen, daß Handlungen, welche von grossem Präjudiz sind, nur in sofern einen besondern Auftrag erfordern, als es sich aus der Natur des erteilten Auftrags nicht schon von selbst versteht, daß derselbe auch auf solche einzelne Handlungen mit gehe²⁴⁾. Zu den gerichtlichen

22) *Mich. Henr. GRIEDNER* Diss. de Mandato speciali et actibus qui lineeo a procuratore in iudicio peragi nequeunt. *Vitamb.* 1712. (in *Opuscul. Halae.* 1722. 4. T. V. pag. 192. lqq.) *lust. Henn. BOEHMER* in Iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. 38. §. 10. *WERNHER* Observat. for. T. I. Part. V. Obs. 105. *Estor's* Anfangsgründe 1. Th. §. 50. und besonders *Dapp* §. 515. u. 516.

23) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar auch zur Einlassung auf die Klage einen besondern Auftrag erfordern; man sehe *Dapp* §. 519 — 521. Allein mit dem Gerichtsgebrauche stimmt dieses nicht überein. *S. CARPZOV* in Processu Tit. V. Art. 2. nr. 50. *de LYNCKER* Tr. de formis procuratoriis. Cap. V. §. 28. und *WERNHER* Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 485. *Estor's* Anfangsgr. des gem. u. Reichsprozesses 1. Th. §. 50. nr. II.

24) *HENNE* cit. Diss. §. 10. und *Mettelblatt* in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrsamkeit §. 119.

chen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, gehören nun z. B. die Schliessung eines Vergleichs, die Ernennung eines Schiedsrichters, die Entsagung eines schon anhängig gemachten Rechtsstreits, Eideszuschlebung, Annehmung oder Zurückschlebung eines Eides, Erhebung der eingeklagten Gelder, und Quittirung über dieselben, Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Recusirung des Richters u. d. ²⁵⁾. Man kann endlich auch noch die Vollmachten in Ansehung der dem Sachwalter verliehenen Gewalt in allgemeine und besondere eintheilen. In dieser Rücksicht heisst diejenige Vollmacht eine allgemeine, welche auf die Vertheidigung einer streitigen Rechtsache überhaupt gerichtet ist, ohne daß gewisse einzelne bey deren Verhandlung vorkommende Geschäfte darin benannt worden sind; eine besondere hingegen wird diejenige genannt, in welcher die Handlungen, die bey Führung der aufgetragenen gerichtlichen Rechtsache vorzunehmen, besonders bestimmt und ausgedruckt sind ²⁶⁾. Erstere kann wieder von zweyerley Art seyn, sie enthält entweder die Clausel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit zugleich freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre, verrichten würde, könnte, oder sollte; oder sie enthält diese Clausel nicht. In dem ersten Falle nennt man eine solche Vollmacht ein *mandatum generale cum libera*, im letztern hingegen

§ 3

gen

25) BEACON Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 13.
BOEHMER C. I. §. 10. LYNCKER cit. Tract. Cap. V. §. 20. et
seqq. de COCCERJ in iure civ. contrav. h. t. Qu. 10. und be-
sonders DAPP §. 517 — 538.

26) Nettelbladt a. a. O.

gen ein *mandatum generale simpliciter tale* ²⁷⁾. Den Unterschied zwischen diesen beyden Arten der Bevollmächtigung setzt man gewöhnlich darin, daß derjenige, welcher ein *mandatum generale cum libera* erhalten, auch solche Handlungen zu unternehmen befugt sey, wozu sonst ein *mandatum speciale* erfordert wird; dahingegen ein solcher Sachwalter, der ein *mandatum generale* ohne die Clausel: *cum libera* hat, diejenigen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, nicht verrichten dürfe ²⁸⁾. Allein wenn gleich dieser Unterschied in dem päpstlichen Rechte allerdings gegründet ist, nach welchem sogar ein Sachwalter, wenn er gleich nicht *cum libera* bestellt ist, dennoch in dem Falle, da in der Vollmacht einige derjenigen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, namhaft gemacht sind, und die Clausel: und dergleichen, beygesetzt worden, auch andere Handlungen, die nicht ausgedrückt sind, wenn sie nämlich den ausdrücklich benannten gleich oder weniger wichtig sind, gültig vornehmen kann ²⁹⁾; so wird doch diese Verordnung

des

27) HENNE cit. Diff. §. 3. et 5. Es kann jedoch auch ein *mandatum speciale* eben sowohl *cum* als *sine libera* seyn, je nachdem ein Sachwalter zu einem solchen Geschäfte, das an und für sich eine besondere Vollmacht erfordert, z. E. zur Schließung eines Vergleichs, eine unauschränkte Macht und Gewalt erteilt worden, das aufgetragene Geschäft nach seinem eigenen Gutbefinden zu Stande zu bringen, oder nicht. HENNE §. 7.

28) Ge. Lud. BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 716. Dapp §. 265 — 268. Dan; Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 136.

29) ¹Cap. 4. et 5. de procurat. in VI. Clem. 2. h. t.

des päpstlichen Rechts nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht mehr befolgt ³⁰⁾; es nimmt vielmehr der Gerichtsgebrauch zur allgemeinen Regel an, daß die Clausel: cum libera so wenig bey gerichtlichen als außergerichtlichen Bevollmächtigungen den Mangel eines besondern Auftrags in den Fällen ersetzen könne, da solcher gleichwohl an sich und nach der Beschaffenheit des Geschäftes nöthig war ³¹⁾. Uebrigens werden bey einer unbestimmten Generalvollmacht die Grenzen derselben theils durch den Nutzen des Gewaltgebers, theils durch die Natur des erteilten Auftrags bestimmt, so wie im Gegentheil bey einer Specialvollmacht die Grenzen dem Sachwalter vorgezeichnet sind, die er, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht überschreiten darf ³²⁾, wosern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, die unter den ausdrücklich benannten begriffen, oder mit denselben nothwendig verbunden sind, als welche für stillschweigend aufgetragen allerdings zu halten sind ³³⁾.

§ 4

§. 402.

30) BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38 §. 3. BERGER Elect. Discept. for. pag. 253. HENNE cit. Diff. §. 8.

31) STRYK de cautelis contractuum Sect. II. Cap. XI. §. 4. WERNER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 216. LUDOVICI Ul. pract. Distinction. iurid. h. t. Dist. 5. de LYNCKER de formis procuratoriis Cap. V. §. 41. Estors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 49. nr. 1. und besonders Quistorps Abb. ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe? in Derselben Vorträgen zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. 2. St. Nr. XI. oder nach der neuern Ausgabe Nr. XXVII.

32) L. 10. C. h. t. L. 49. D. eod.

33) LAUTERBACH in collegio Pandectarum h. t. §. 60. GRIENER Diff. de Mandato speciali §. 21. und ART. SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8.

§. 402.

Pflichten eines gerichtlichen Sachwalters.

Zu den Pflichten eines Sachwalters, welcher nämlich zum Nutzen des Gewaltgebers bestellt worden, gehört, 1) daß er das ihm aufgetragene Geschäft in eigener Person vor Gericht besorge. Denn schon nach der Natur des Bevollmächtigungscontractes muß dem Gewaltgeber immer sehr viel daran gelegen seyn, daß seine Sache keinem andern überlassen werde, als auf welchen er selbst sein Zutrauen gesetzt hat. Ein Sachwalter ist daher ordentlicherweise zur Ernennung eines Substituten oder Aſteranwalts nicht befugt, wofern ihm dieses Recht von seinem Principal nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist. Nach dem römischen Rechte kann zwar ein jeder Sachwalter nach der *litiscontestation* einen Aſteranwalt bestellen, ohne daß es einer besondern Einwilligung des Principals bedarf ³⁴⁾; und eben dieses hat auch das canonische Recht bestätigt ³⁵⁾. Allein da der Grund hiervon unstreitig in dem durch die *litiscontestation* erlangten Eigenthume des Rechtsstreits liegt, dessen Wirkungen heutiges Tages wegfallen; (§. 390. S. 244) so läßt sich von jenen Vorschriften des römischen und päpstlichen Rechts um so weniger ein heutiger Gebrauch machen, da der jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 100. ausdrücklich verordnet, daß die Partheien schuldig seyn sollen, gleich zu Eingang des Rechtsstreites dem Procurator einen Substituten auf den Fall benzuordnen, da jener mit Tode abgehen, oder sonst an der Fortsetzung der Sache gehindert werden sollte; wodurch also die vorhin erwähnte Wirkung des *dominii litis* insbe-

son-

34) *L. 11. et 23. C. h. t. L. 4. §. 5. D. de appellat.*35) *Cap. 1. h. t. in Vltio.*

sondere aufgehoben worden ist ³⁶). Ein Sachwalter muß ferner bey der Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäftes den möglichsten Fleiß und Sorgfalt anwenden, und daher allen durch sein Verschulden zugefügten Schaden ersetzen ³⁷). Nicht minder ist es Pflicht des Sachwalters das übernommene Geschäft, so weit desselben Auftrag reicht, zu Stande zu bringen; er darf daher vor Beendigung der Sache ohne rechtmäßige Ursache nicht abgehen, sofern dergleichen unzeitige Renunciation dem Gewaltgeber zum Nachtheil gereichen würde ³⁸). Er muß überhaupt die Pflichten eines redlichen Mannes nie ausser Augen setzen.

§. 403.

Von den mancherley Clauseln einer Vollmacht.

Man pflegt die Vollmachten mit mancherley Clauseln anzufüllen, welche man ganz füglich in die nöthwendigen,

§ 5

36) BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 50. HENNE select. de procuratoribus cap. §. 13. — 15. Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. I. Th. §. 86. nr VII. S. 365. Dantz Erdf. des gem. ordentl. bürgerl. Processus. §. 135. Not. a. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten indessen, daß das gesetzliche Substitutionsrecht dem Sachwalter auch noch h. z. T. nach der Litrecontestation zustehe. LAUTERBACH in Diss. de procuratore substituto. Cap. III. §. 10. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 39. de LUDOLFF Observat. for. P. II. Obs. 223. nr. 6. pag. 655. Dapp §. 68. ff. u. a. m.

37) L. 13. u. 21. C. mandati. PRETEL Diss. illustr. varias contr. circa materiam de procuratoribus. Rintzlii 1743. §. 10.

38) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 345. MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 248. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 60. in fin.

gen, nützlichen, und überflüssigen einteilen kann³⁹⁾. Zu den Clauseln der ersten Art, welche von den Gesetzen aus gewissen zweckmäßigen Gründen als nothwendig vorgeschrieben sind, gehören folgende: 1) die *clausula substituendi*, wodurch dem Sachwalter die Befugniß erteilt wird, einen Aftersanwalt zu bestellen. 2) Die *clausula heredum*, wodurch die Vollmacht zugleich auf die Erben des Gewaltgebers gestellet wird. Zu den Clauseln der andern Art gehört 1) die *clausula hypothecae honorum*, wodurch dem Sachwalter wegen der ihm gebührenden Schadloshaltung ein Unterpfandsrecht auf dem Vermögen des Gewaltgebers erteilt wird. 2) Die *clausula cum libera*, wodurch dem Sachwalter freye Macht und Gewalt gegeben wird, alles zu thun, was der Gewaltgeber selbst, wenn er gegenwärtig wäre, verrichten würde. Denn so wenig auch ein *mandatum generale cum libera* der Regel nach den Mangel eines besondern Auftrags ersetzt, (§. 401.) so nützlich ist im Gegentheil diese Clausel bey einer Specialvollmacht, weil derjenige, der unter dieser Clausel einen besondern Auftrag zur Schließung eines gewissen Vergleichs, oder eines andern Geschäfts erhalten hat, mit Grunde nicht befürchten darf, daß ihm in Ansehung der Art und Weise Streit gemacht werden könne, indem von demjenigen, welcher zu Geschäften, wozu der Regel nach eine genaue und bestimmte Vollmacht erfordert wird, seinem Anwalt unumschränkte Macht und Gewalt erteilt, nicht anders zu vermuthen ist, als daß er bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geschäfts alles seinem Gutbefinden habe

39) S. Christ. Gottl. Smelins Vorrede zu Davys Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß.

habe überlassen wollen ⁴⁰⁾. Endlich zu den ganz überflüssigen Clauseln der Vollmachten gehören 1) die Eidesclauseln, weil der Bevollmächtigungscontract schon durch die bloße Einwilligung verbindlich wird, und wesentliche Mängel dadurch nicht geheilet werden können. Die Clausel *rati, grati et indemnitis*, daß der Gewaltgeber die Handlungen seines Sachwalters genehmigen, und denselben schadlos halten wolle. Denn es liegt schon in der Natur des gegebenen Auftrags, daß der Gewaltgeber alles, was dem Auftrag gemäß in seinem Namen gehandelt worden, als von ihm selbst geschehen anerkennen, auch den Anwalt wegen aller durch den Auftrag gehaltenen Kosten entschädigen muß, und im Gegentheil, was ohne oder wider seinen Auftrag geschehen ist, ihn nie verhindern könne, auch wenn jene Clausel in der Vollmacht steht. 3) die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde. Dieß versteht sich von selbst. Endlich 4) die Clausel: sollte auch meinem Anwalt eine mehrere Gewalt, als hierin ausdrücklich begriffen, vonnöthen seyn, will ich ihm solche, gleich als ob er hierdurch dazu in specie cum libera bevollmächtigt wäre, gegeben und mitgetheilt haben. Denn dieser Clausel ungeachtet muß der Sachwalter doch, wenn er Handlungen, wozu ein besonderer Auftrag erfordert wird, vornehmen will, sich besonders bevollmächtigen lassen ⁴¹⁾.

§. 404:

40) Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. St. Nr. XI. 187. u. folg.

41) BOEHMER in jure eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 3. in fin. Dapp §. 261. und Dantz Ords. des bürgerl. Proceßes §. 134. am Ende.

§. 404.

Wirkungen einer mangelhaften und mutmaßlichen Vollmacht.

Ist eine Vollmacht mangelhaft, so kommt es darauf an, ob wesentliche Bestandtheile derselben fehlen, z. B. die Unterschrift des Gewaltgebers, oder desjenigen, ohne dessen Einwilligung er Vollmacht zu erteilen nicht berechtigt war; (§. 400.) oder der Mangel greift in das Wesentliche der Vollmacht nicht ein, sondern betrifft nur solche Erfordernisse, und Clauseln, durch deren Unterlassung zwar der Gewißheit des erteilten Auftrags nichts entgeht, welche aber doch aus guten Gründen in den Gesetzen vorgeschrieben sind, z. B. die *clausula heredum und substituendi*. In dem erstern Falle kann einem solchen wesentlichen Mangel der Vollmacht durch keine *Caution de rato* abgeholfen werden, sondern der Richter muß den angeblichen Sachwalter von Amtswegen abweisen, und kann ihn nicht eher zulassen, als bis dem Fehler auf eine solche Art abgeholfen worden ist, daß der Richter von der Gewißheit des gegebenen Auftrags sich vollkommen überzeugen kann. Es kann auch ein solcher Mangel, weil er eine Richtigkeit in Ansehung des ganzen processualischen Verfahrens nach sich zieht, von der Gegenpartey zu aller Zeit, und in jedem Theile des Processes in Anregung gebracht werden ⁴²⁾. In dem letztern Falle hingegen muß zwar sowohl der Richter von Amtswegen, als auch der Gegner Rücksicht darauf nehmen, so lange noch der Fall eintreten kann, daß jene Clauseln von Nutzen sind ⁴³⁾; allein die

42) Smelins Vorrede zu Dapps Versuch über die Legitimation zum Proceß. S. 21 — 23. Danz §. 17.

43) Man sehe Smelins Vorrede zu Dapps angef. Versuch S. 19.

dem Gegentheile wegen solcher ausserwesentlichen Fehler zustehende Einrede findet nach der Regel, die bey allen dilatorischen Einreden gilt, nur vor der Litiscontestation statt ⁴⁴⁾, und dann entsteht auch aus deren Unterlassung nie eine unheilbare Michtigkeit ⁴⁵⁾.

Sobald hingegen die Wirkung einer vermutheten Vollmacht anbetrißt, so wird nun 1) ein vermutheter Sachwalter anders nicht zugelassen, als wenn er die erforderliche Sicherheit bestellt. Diese besteht a) in dem Falle, da der vermuthete Sachwalter für die klagende Parthey handelt, in der cautione rati oder bezientgen Sicherheit, daß der Kläger, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde ⁴⁶⁾. Nach dem römischen Rechte kann zwar diese Caution nur vor der Einlassung auf die Klage gefordert werden ⁴⁷⁾; allein daß selbige nach der Meinung der meisten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages auch noch nach der Litiscontestation verlangt, ja sogar von richterlichen Amtswegen dem Sachwalter auferlegt werden könne, ist schon an einem andern Orte ⁴⁸⁾ bemerkt worden. Die Wirkung dieser Caution besteht nun darin, daß der Sachwalter, wenn die Ge-

neh.

44) Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 85. S. 359.

45) Smelins Vorrede S. 17.

46) L. 40. §. 3. D. h. r. L. 21. C. cod. Dapp von der Legitimation 3. Proceß §. 475 — 505.

47) L. 40. §. 3. D. cit.

48) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 245. Not. 59. S. 387.

Berichtigungen und Zusätze.

§. 91. sind der Not. 45. noch beyzufügen: *Klein's* merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät 2. Band Nr. XXXI. §. 355.

§. 172. Not. 69. ist beyzufügen: *Nic. Fern. de castro Praelect. solemn. ad L. un. Cod. de gladiatoribus penitus toll.* (in *Thes. Meermann. T. 2. p. 369. seqq.*)

Ausführliche Erläuterung
der

Pandecten

nach

Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Königl. Preussischen Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Fünften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1799.

Lib. III. Tit. IV.

Quod cuiusque universitatis nomine
vel contra eam agatur.

§. 405.

Wer heißt ein Syndicus?

Korporationen und Gemeinheiten können bey vorfallenden Rechtsstreitigkeiten nicht in Person vor Gericht erscheinen, (§. 398. nr. 3.), sondern müssen einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellen, welcher in den Gesetzen *Syndicus*, zuweilen auch *Actor universitatis*¹⁾ genannt wird. Man versteht also unter einem Syndicus einen solchen Anwalt, welcher von einer Gemeinheit, z. B. von einer Stadt, oder Dorfschaft, oder Academie, oder Zunft, und dergleichen, zur Betreibung der sie betreffenden gerichtlichen Geschäfte bevollmächtigt ist²⁾.

§. 406.

1) L. 1. §. 1. L. 2. L. 6. §. 2. et 3. D. h. t. Ein *Actor* wurde gewöhnlich nur zu einem einzelnen schon vorhandenen Rechtsstreite bestellt, dahingegen ein Syndicus ad lites omnes sowohl praesentes als futuras bestellt werden konnte. C. LOSSAEUS de iure universitatum P. II. Cap. I. nr. 35.

2) LAUTERBACH Diss. de Syndicis. Tüb. 1656. Ern. Mart. CHLADENII Singularia quaedam de syndicis et instrumento syndicatus Vitemb. 1757. Henr. Car. WINTER Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuris, praes. Rud. Christoph. HENNE def. Erfordiae 1770.

§. 406.

Wessen Procurator ist eigentlich der Syndicus?

Ein Syndicus ist nun bloß Procurator der Gemeinheit, als eine moralische Person betrachtet, aber nicht Bevollmächtigter der einzelnen Mitglieder derselben ³⁾. So wie daher eine Gemeinheit immer dieselbe bleibt, wenn auch derselben Mitglieder sich ganz oder zum Theil verändern ⁴⁾; so hört auch das Amt eines Syndicus darum nicht auf, wenn auch die meisten Mitglieder der Gesellschaft, die denselben gewählt haben, nachher mit Tode abgegangen wären, oder dem Rechtsstreite entsagt hätten ⁵⁾. Hieraus folgt auch, daß ein Syndicus die Prozesse einzelner Gemeindeglieder zu führen nicht verbunden ist ⁶⁾, es wäre denn, daß sie eine solche Sache betreffen, woben zugleich wegen der daraus entstehenden Folgen die ganze Gemeinde interessirt ist. 3. B. die Gutsherrschaft verlangt von einzelnen Bauern gewisse Frohnen, welche auch den übrigen Dorfsgegnossen zur Last gereichen dürften, wenn die Gutsherrschaft den Proceß gewinnt. Hier ist es Pflicht des Syndicus, sich dieser einzelnen Mitglieder der Gemeinde anzunehmen.

3) *L. 2. D. h. t.*

4) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

5) BERGER *Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 5. Not. 2.* WERNER *T. III. P. I. Observ. 2. nr. 10.* LEYSER *Meditat ad Pand. Specim. LIV. medit. 13.* und besonders *Maur. Adolph. ENGEL Diss. de syndicatu, et ejus valida renunciatione. Lipsiae 1747. §. 15. seqq.*

6) Ganz recht sagt daher der POTHIER in *Pauct. Justin. h. t. Nr. V. not. a. Non tenebitur singulos defendere Syndicus, si reconveniat.*

nehmen ⁷⁾. Aus jenen Prämissen ergibt sich endlich, daß wenn mehrere Litiſconſorten, welche die Rechte einer Gemeinheit nicht haben, geſetzt auch, daß ſie unter ſich zu einem gemeinſchaftlichen Zweck und Nutzen verbunden ſind, ja ſogar deßwegen mit einem collectiven Namen bezeichnet werden, wie z. B. die Hüfner, die Anſpänner, die Roßäthen, einen gemeinſchaftlichen Anwalt beſtellen, dieſer dennoch kein Syndicus, ſondern ein bloßer Sachwalter ſey ⁸⁾; welches dann die rechtliche Folge hat, daß die demſelben ausgeteilte Vollmacht von allen unterſchrieben werden muß, und es nicht für hinreichend zu halten iſt, wenn es nur etwa von dem größten Theile derſelben geſchehen wäre ⁹⁾.

§. 407.

Von Syndiken gilt, was bey Procuratoren Rechtens iſt.

Syndiken kommen übrigenſ in den meiſten Stücken mit den Sachwaltern überein ¹⁰⁾; was daher in dem vorhergehenden Titel von den Sachwaltern überhaupt geſagt worden, findet auch bey Syndiken ſtatt. Ein Syndicus muß daher, wie jeder anderer Procurator, mit einer Voll-

ll 2

macht

7) CHLADENIUS cit. Diss. §. 17. 18. et 19.

8) LEYSE Specim. LIV. medit. 1. et 2. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 3. et in Resolut. leg. obſtant. comp. Lauterbach. h. t. pag. 102.

9) WINTER cit. Dissert. §. 1.

10) In dem kanoniſchen Rechte werden daher die Syndiken auch Procuratoren genannt. *cap. 7. X. de procurat. cap. 9. X. eod. cap. 2. X. de in int. reſtitut.* BOEHMER ius eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 39. §. 3. WINTER cit. Diss. §. 3.

macht versehen seyn. Diese Vollmacht wird zwar gewöhnlicher weise schriftlich ertheilt, und heißt ein Syndicat. Allein es kann doch auch, wie Lenzler ¹¹⁾ bemerkt hat, die Bestellung eines Syndicus durch einen stillschweigenden Auftrag geschehen; nämlich wenn jemand in Gegenwart und ohne Widerspruch, entweder der Gemeinde selbst, oder ihrer Vorsteher, in sofern diesen die Besorgung aller die Gemeinde betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen ist, als deren Sachwalter vor Gericht handelt. Jedoch gilt auch hier, was oben (§. 387. S. 223.) von einer solchen stillschweigenden Bevollmächtigung bey Procuratoren bemerkt worden ist. Daß auch ein Syndicus zuweilen vermöge eines vermutheten Auftrags zugelassen, und daher der Mangel eines Syndicats durch eine cautionem rati ergänzt werden könne? ist schon an einem andern Orte (§. 388. S. 234. f.) gezeigt worden. Zwar läugnen dieses mehrere Rechtsgelehrten ¹²⁾ schlechterdings, weil Ulpian ¹³⁾ lehrt, was man einer Commüne schuldig ist, sey man nicht einzelnen Mitgliedern derselben schuldig, und was im Gegentheil eine Gemeinheit schuldig ist, könne nicht von einzelnen Mitgliedern derselben gefordert werden. Es könnten daher auch die einzelnen Mitglieder einer Gemeinheit, die in einem Proceß verwickelt worden, nicht für Litisconsorten gehalten werden. Allein wenn der Proceß von der Art ist,

daß

11) Specim. LIV. medit. 8.

12) SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. X. §. 56. BERGER in Resolut. legg. obstant. comp. Lauterbach. Lib. III. Tit. 3. Qu. 1. nr. 3. pag. 95. LAUTERBACH Diss. de cautione rati th. 22. et in Dissert. de Syndicis §. 80. et 81. ENGEL cit. Diss. §. 6.

13) L. 7. §. 1. D. h. t.

daß er das besondere Interesse jedes einzelnen Mitgliedes der Gemeinheit betrifft. z. B. es wird über das Huth- und Weiderecht, oder über das Beholzigungsgerecht der Gemeinheit gestritten, so kann nach der richtigern Meinung bewährter practischer Rechtsgelehrten auch ein einzelnes Mitglied Namens der Gemeinde gegen eine cautionem rati zugelassen werden ¹⁴⁾).

Sind mehrere Syndiken zu einerley Rechtsache bestellt worden, so gelten hier die nämlichen Grundsätze, welche in dem vorigen Titel bey den Procuratoren (§. 395.) sind vorgetragen worden. Viele Rechtsgelehrten behaupten zwar, daß die Bestellung mehrerer Syndiken jederzeit unter der Clausel: sammt und sonders zu verstehen sey, wenn auch selbige nicht ausdrücklich wäre beygefügt worden ¹⁵⁾. Allein daß diese Meinung, wenn sie gleich die Praxis annimmt, wenigstens in den Gesetzen nicht gegründet sey, als welche hierin zwischen Syndiken und andern Procuratoren keinen Unterschied machen ¹⁶⁾, ist schon von andern hinlänglich gezeigt worden ¹⁷⁾.

U 3

§. 408.

14) STRYK *Us. mod. Pandect. h. t.* §. 7. BERGER *Oecon. iur.* pag. 714. (edit. *Winkler.*) und andere, welche von mir ad §. 388. Not. 7. C. 235. sind angeführt worden. Siehe auch WINTER cit. Diss. §. 10.

15) SCHILTER *Prax. Iur. Rom. Exerc. X.* Th. 53. et 54. CARPZOV *P. I. Decis.* 26. n. 7. LAUTERBACH *Diss. cit. de Syndicis* Cap. II. §. 55. WERNHER *Observat. for.* Tom. I. Part. V. Obs. 160. ZIEGLER ad *Lancelottum* Lib. III. Tit. III. §. 7. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 5. LUDOVICI in *doctr. Pandectar.* h. t. §. 5. u. a. m.

16) *Cap. 6. de procurat. in 6.*

17) I. H. BOEHMER in *iure eccles. Protest.* Tom. I. Lib. I. Tit. 39. §. 4. STRYK *Us. mod. Pandectar. h. t.* §. 12. BERGER *Elect.*

§. 408.

Wie ist ein Syndicus zu bestellen?

Bei der Bestellung eines Syndicus kommt es vor allen Dingen auf die besondere Verfassung einer jeden Gemeinschaft an. Ist den Vorstehern derselben die Besorgung aller sie betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen, so können dieselben, auch ohne Zuziehung der übrigen Mitglieder, Syndiken bestellen ¹⁸⁾). Wenn hingegen der Syndicus von der Gemeinde selbst bestellt wird, so müssen 1) alle Mitglieder derselben, denen ein Stimmrecht zusteht, von demjenigen, welcher dazu berechtigt ist, gehörig zusammen berufen werden ¹⁹⁾; von diesen müssen 2) wenigstens zwey Drittheile erscheinen, und die mehesten derselben in die Wahl einwilligen ²⁰⁾. Ich bemerke hierbey noch folgendes:

I) Ist

Elect. discept. for. Tit. VII. Obs. 6. nr. 4. pag. 271. *Ge. Lud.*
BOEHMER Princip. iur. canon. §. 721. und WINTER cit. Diss.
§. 22.

18) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Parvi enim refert, ipse Ordo elegerit, an is, cui Ordo negotium dedit. BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 39. §. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

19) *L. 2. C. de decurion.*

20) *L. 3. D. h. t. L. 19. D. ad Municipal.* Die Mehrheit der Stimmen, die zur Bestellung eines Syndicus erfordert wird, ist nach der Zahl der anwesenden Gemeindeglieder, nicht aber in Rücksicht der geringern Zahl derjenigen zu beurtheilen, welche etwa einem andern ihre Stimme gegeben haben. Wenn daher z. B. von neun Wählenden zwey dem A. drey dem B. und vier dem C. ihre Stimmen gegeben hätten, so hat zwar C. die Mehrheit der Stimmen in Rücksicht des A. und B. für sich, aber die
Wahl

I) Ist ein Mitglied der Gemeinheit übergangen, und zur Syndicatwahl nicht gebührend eingeladen worden, so ist die ohne dasselbe vorgenommene Wahl für gültig nicht zu halten, und kann mit Grunde angefochten werden, wenn zumal erhebliche Einwendungen gegen die Person und Fähigkeit des gewählten Syndicus vorgebracht werden könnten ²¹⁾).

II) Daß auch Pupillen und Minderjährige mit ihren Vormündern zur Wahl berufen werden müssen, wie unser Verfasser behaupten will, ist zwar der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten allerdings gemäß, nach welcher daher auch die Legitimation der Vormünder und Curatoren durch Beybringung ihrer Tutorien und Curatorien zuvörderst zu berichtigen ist ²²⁾; allein es gründet sich dieses mehr auf sächsisches ²³⁾, als auf gemeines Recht ²⁴⁾.

III) Um zu berechnen, ob zwey Drittheile der Gemeindeglieder bey der Wahl gegenwärtig gewesen, ist auch

U 4

der:

Wahl ist doch nicht gültig, weil nicht maior pars praesentium, wie die Gesetze erfordern, in die Wahl gewilliget hat. *Cap. 48. 50. et 55. X. de elect. Io. ALTAMIRANUS in Commentar. ad libr. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 19. D. de Municipal. §. 6. (in Thes. Meermann. Tom. II. pag. 386.)*

21) *Cap. 28. pr. et cap. 34. X. de elect. LEYSER Specim. LIV. med. 4.*

22) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 5. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gen. §. 29. Danz Grunds. des gem. bürgerl. Processus §. 146.

23) CARPZOV P. I. Const. XIII. Definit. S. n. 4. et 5.

24) *L. 2. §. 1. D. de reg. iur. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 17. STRYK h. t. §. 10. und Estors Anfangsgründe des gemein. u. Reichsprocesses 1. Th. §. 64.*

derjenige selbst mitzuzählen, der aus der Mitte der Gemeinde zum Syndicus gewählt worden ist ²⁵⁾).

IV) Bey der Wahl eines Syndicus kann der Vater seinem Sohne, und der Sohn seinem Vater seine Stimme geben ²⁶⁾), ohne daß das Verhältniß der väterlichen Gewalt hierbey in Betrachtung kommt ²⁷⁾). Ob aber ein Gemeindeglied sich selbst wählen, und solches daher zum Syndicus bestellet werden könne, wenn es, mit Inbegriff seiner eignen Stimme, die Majorität für sich hat? ist sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten ²⁸⁾ tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten; allein die meisten sind der entgegengesetzten Meinung ²⁹⁾), und diese letztere ist auch ohne Zweifel sowohl der Natur der Sache, als der Rechtsanalogie gemäßer. Die Gesetze lassen nicht nur in andern Fällen keine Selbstwahl zu ³⁰⁾), sondern es würde auch in der That bey

25) *L. 4. D. h. t.*

26) *L. 5. D. h. t.*

27) *L. 6. pr. D. h. t.*

28) BERGER Resolut. legg. obstant. h. t. Qu. 1. pag. 103. *de cocceji in iure civ. contro. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad Eundem not. c. et d.*

29) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 7. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 94. *Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digest. h. t. §. 2. LAUTERBACH in Diss. de Syndicis membr. I. cap. I. §. 38 — 40. et in colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 10. und BACH in Annotation. ad BERGERI Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. II. Not. 1.*

30) *L. ult. D. de offic. pract. L. 5. D. de offic. praes. L. 4. D. de tutor. et curator. dat. et tot. Tit. Cod. ne quis in sua caus. iudic.*

bey Collegien und Gemeinheiten nie eine Wahl zu Stande kommen, wenn jedes Mitglied sich selbst wählen könnte. Paulus sagt auch in der Stelle ³¹⁾, auf welche sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen, ganz und gar nicht, daß der Gewählte selbst darum mitzuzählen sey, damit die Mehrheit der Stimmen herauskomme, sondern damit die Anzahl von zwey Dritttheilen vorhanden, sey welche zur Wahl erforderlich ist; und nach dem kanonischen Rechte ³²⁾ kann auch der Gewählte nur dadurch eine Majorität bewirken, wenn bey einer Stimmengleichheit, von denen der eine Theil ein Mitglied der Gemeinde wählte, dieses in die Wahl eingewilliget hat. Endlich

V) wenn darüber gestritten wird, ob bey der Wahl des Syndicus alles regelmässig zugegangen, und alle Glieder der Gemeinde gehörig convocirt worden sind, so kommt es darauf an, ob die Wahl von dem Gegner der Gemeinde oder von einem Mitgliede derselben angefochten wird, im ersten Falle liegt dem Gegner, im letztern hingegen dem Syndicus oder der Gemeinde der Beweis ob ³³⁾.

§. 409.

Kann man jemanden zur Uebernehmung des Syndicats wider seinen Willen nöthigen?

Zur Uebernehmung eines Syndicats ist zwar der Regel nach ein jeder fähig, der überhaupt Procuratur seyn,
 II 5 kann

31) *L. 4. D. h. t.*

32) *Cap. 33. X. de electione.*

33) LEYSER Specim. LIV. medit. 6. SCHAUMBURG Principia praxeos iudic. cap. II. gen. §. 29. Man sehe auch LAUTERBACH cit. Diss. §. 77. in fin.

kann³⁴⁾; allein niemand kann dazu wider seinen Willen gezwungen werden. Es wird daher zur Bestellung eines Syndicus die Einwilligung des dazu Gewählten allerdings erfordert³⁵⁾. Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte³⁶⁾ eine Ausnahme in dem Falle machen, wenn ein Mitglied der Gemeinde zum Syndicus gewählt worden, weil billig ein Gemeindeglied auch die Gemeindelasten tragen muß, sofern es dazu tüchtig ist, und die Noth solches erfordert³⁷⁾; so ist doch unser Verfasser anderer Meinung. Soviel ist indessen richtig, daß der Syndicus nicht eben ein Mitglied der Gemeinde seyn dürfe, wenn nämlich ein Fremder ihre Geschäfte auch eben so gut besorgen kann. Dahingegen kann eine Gemeinde zur Bestellung eines Syndicus von richterlichen Amtswegen, auch sogar durch Strafbefehle, angehalten werden, ohne Unterschied, ob sie groß oder klein ist, da auch im letztern Falle die Gemeinde eine moralische Person bleibt, die nicht selbst vor Gericht zu handeln fähig ist³⁸⁾.

§. 410.

34) LAUTERBACH colleg. Pandectar. h. t. §. 23.

35) LAUTERBACH Diss. de syndicis §. 41.

36) LAUTERBACH colleg. Pand. h. t. §. 18. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 10. Th. 3. not. 3. und LEYSER Specim. LIV. corol. 3. et Spec. LXV. medit. 1.

37) L. 18. §. 13. *D. de Muneribus*.

38) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. observ. 481. WINTER cit. Diss. §. 6.

§. 410.

Von den Syndicis perpetuis.

Syndiken können, wie andere Procuratoren, entweder *temporarii* oder *perpetui* seyn, je nachdem ihnen die Universitas entweder bloß die Besorgung einzelner Rechtsangelegenheiten, oder die Verfolgung und Vertheidigung ihrer Rechte überhaupt übertragen hat. Solche beständige Syndiken kommen besonders bey den sogenannten *universitatibus ordinatis* vor, die ihre eigene rechtliche Verfassung und Gerichtsbarkeit haben. Dahin gehören z. B. die academischen, und Stadtsyndiken. Diese haben ein öffentliches Amt, und nehmen zugleich an der Verwaltung der Gerichtsbarkeit Antheil. In den Reichsstädten haben sie sogar Einfluß in die gesetzgebende Gewalt ³⁹⁾.

§. 411.

In wiefern bedarf ein beständiger Syndicus eine besondere Vollmacht?

Man behauptet gewöhnlich, daß die beständigen Syndiken ein *mandatum cum libera* hätten, wenn gleich diese Clausel dem Syndicat nicht ausdrücklich wäre einverleibt worden; sie könnten daher auch solche Geschäfte gültig verrichten, wozu sonst ein *mandatum speciale* erfordert wird; z. B. Namens der Gemeinheit einen Vergleich schließen. Allein mit Recht verwirft unser Verf. diese Meinung, und sie ist von mir schon an einem andern Orte ⁴⁰⁾ ausführlich widerlegt worden.

§. 413.

39) *Io. God. HAERLIN* Diss. de syndicis vel consiliariis civitatum imperialium, praes. *God. Dan. HOFFMANN* def. Tübingae 1775.

40) Siehe den 1. Abschnitt dieses 5ten Bandes §. 352. S. 44.

§. 413. u. 414.

Wie ist ein Syndicat einzurichten?

Ein Syndicus legitimirt sich nun der Regel nach durch eine schriftliche Vollmacht, welche man ein Syndicat nennt. Dieses ist zwar, wie eine jede andere Vollmacht abzufassen, (§. 400.) es unterscheidet sich jedoch darin von der Vollmacht eines gemeinen Sachwalters, daß der Erben darin keine Erwähnung geschieht, weil hier nicht einzelne Personen, sondern eine ganze Korporation, welche, als solche, nicht stirbt, das Syndicat ausstellt⁴¹⁾; ob es wohl zum Ueberfluß gemeiniglich geschieht, daß der Nachkommen erwähnt wird⁴²⁾. Man will zwar auch noch darin einen Unterschied zwischen einem Syndicat und der Vollmacht eines andern Procurators setzen, daß in dem erstern eine besondere Entsagung der Rechtswohlthaten der Theilung und der Ordnung oder Vorausklage (*beneficia divisionis et ordinis*) erfordert werde, wenn die Gemeinheit nämlich Klägers Stelle vertritt, und der Syndicus, falls er selbst ein Mitglied der Gemeinde seyn sollte, mit der Bestellung einer Caution der Wiederklage und Unkosten wegen verschont seyn will⁴³⁾. Allein diese Meinung, wenn sie auch der Gerichtsgebrauch annimmt, ist offenbar irrig, wie schon Wernher

41) *L. 7. §. 2. D. h. t.* LEYSER Specim. LIV. medit. 13.

42) *Estors* Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 65. Not. III.

43) BERLICH Concl. pract. P. I. Concl. 20. nr. 37. CARPZOV P. I. Constit. 5. Def. 29. RIVINUS Enunci. iur. Tit. 13. En. S. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 5. *Estors* Anfangsgründe des gem. und R. Processus §. 63.

her 44) sehr gründlich gezeigt hat. Denn soviel erstlich die Rechtswohlthat der Theilung anbetrifft, so setzt diese bekanntermaßen eine Verbindlichkeit voraus, die mehreren Personen zugleich obliegt. Da aber eine Universitas nur als eine Person betrachtet wird, deren Verbindlichkeit nicht als eine Verbindlichkeit der einzelnen Mitglieder derselben angesehen werden kann 45); so läßt sich eine Entsagung jener Rechtswohlthat bey einer Gemeinheit, als einer moralischen Person betrachtet, wohl, ohne Widerspruch, nicht denken. Ja sie kann um so weniger für ein Surrogat der Cautio pro reconventionem et expensis gehalten werden, da sie weit mehr als diese involviret, indem dadurch an die Stelle der Verbindlichkeit, welche der Gemeinde, als einer moralischen Person, obliegt, eine obligatio in solidum der einzelnen Mitglieder gesetzt wird, welches sich dieselben wohl schwerlich möchten gefallen lassen, da gegen sie, als Individuen, keine Klage statt findet, ja selbige für eine Gemeindeschuld nicht einmal in subsidium haften dürfen 46). Hiernächst zweytens die Wohlthat der Excussio betreffend, so setzt ja diese einen andern Hauptschuldner voraus, der vor demjenigen, welcher auf diese Wohlthat Verzicht gethan hat, den Rechten nach sonst zu belangen gewesen wäre. Allein dieser ist hier nicht vorhanden, weil der Syndicus, als solcher, er sey nun Mitglied der Gemeinheit oder ein Fremder, nie für die Proceßkosten haftet, sondern die Gemeinde, deren Rechtsache er geführt hat;

und

44) Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 1. et 2. Man sehe auch WINTER cit. Diss. §. 21.

45) L. 7. §. 1. D. h. t.

46) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 11.

und auch nur gegen diese findet eine Reconvention statt. Uebrigens aber muß das Syndicat so eingerichtet seyn, daß aus demselben die Gesekmäßigkeit der vorgenommenen Wahl ersichtlich ist ⁴⁷⁾. Ist nun eine Gemeinheit von der Art, daß sie ihre ordentliche Verfassung hat, vermöge welcher einigen Mitgliedern, als Vorstehern, die Direction der dieselbe betreffenden gemeinschaftlichen Geschäfte ausschließ- lich übertragen worden ist, welches bey Academien, Städten, und geistlichen Stiftern der Fall ist, so wird für hin- länglich gehalten, wenn das Syndicat von demjenigen, wel- cher einer solchen Universität vorgesetzt ist, und dieselbe dirigirt, unterschrieben, und dann das gewöhnliche öffent- liche Insignel derselben beygedruckt worden ist ⁴⁸⁾; ja man hält auch die bloße Beydrückung des öffentlichen Siegels schon allein für hinreichend, ohne daß eine besondere Unter- schrift noch erforderlich wäre ⁴⁹⁾. Ist hingegen von andern Gemeinheiten die Rede, z. E. von Dorfgemeinden und Handwerkszünften; so muß das Syndicat nicht nur von den einwilligenden Mitgliedern unterschrieben, sondern auch, um demselben die erforderliche Glaubwürdigkeit zu verschaf- fen, daß nämlich bey der Bestellung des Syndicus alles regelmäßig zugegangen sey, entweder in einem dabey aufzu- nehmenden gerichtlichen Protocoll, oder in einer darüber

zu

47) von Cramer Weßlarische Beyträge 1. Band 1. Th. nr. 4.

48) BERGER Oec. iur. Lib. IV. Tit. 10. Th. 3. not. 4. Anor-
rens Anleitung zum gerichtl. Proceß B. I. Hptst. 4. §. 11.
Hofmanns teutsche Reichspraxis §. 199. Not. h.

49) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 39. §. 1. BER-
LICH P. I. Conclus. 14. nr. S7. LEYSER Specim. LIV. Cor. 1.
UND HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4315.

zu errichtenden Notariatsurkunde bemerkt werden, aus wieviel Mitgliedern die Gemeinde bestehe; ferner wieviel von diesen Mitgliedern auf geschehene Convocation erschienen sind, und welche unter diesen in die Vollziehung des Syndicats gewilliget, welche hingegen die Vollmacht zu vollziehen Bedenken getragen haben⁵⁰⁾.

- 50) S. BOEHMER c. I. LOSSAEUS de iure universitatum P. II. Cap. I. nr. 21. sqq. Hiermit stimmt auch die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 3. Tit. §. 40. ff. überein.
-

Lib. III. Tit. V.

De negotiis gestis.

§. 415.

Begriff von einem *Negotiorum gestor*. Wenn eher kann man sich fremden Geschäften ohne Auftrag unterziehen? Edict des Prätors von der Negotiorumgestion.
Grund desselben.

Von den Procuratoren und Syndiken kommen wir nun auf die *negotiorum gestores*, worunter diejenigen verstanden werden, welche fremde, besonders aussergerichtliche Geschäfte, ohne Auftrag des Eigenthümers besorgen⁵¹⁾. In der Regel ist zwar niemand befugt, sich in die Geschäfte eines andern, ohne dessen Auftrag, zu mischen⁵²⁾. Wer dieses thut, handelt der Regel nach ungültig, und macht sich zwar dem Eigenthümer verantwortlich, dieser hingegen ist aus der unternommenen Geschäftsverwaltung des Dritten nicht verbunden⁵³⁾. Es giebt aber doch Fälle, wo es Pflicht

51) Ueber diesen Titel sind vorzüglich zu bemerken *Tob. Iac. REINHARTH* Disp. de eo, quod circa negotiorum gestionem iustum est. *Erf.* 1706. und *Car. Frid. Wilh. SCHMIDT* Diss. sistens leges quasdam potiores tituli Digestorum de negotiis gestis, praes. *Car. Christoph. HOFACKER* def. *Tubingae* 1787.

52) *L. 36. D. de div. reg. iur.* Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti.

53) *J. E.* Wenn der Verkäufer einer Erbschaft nach dem Verkauf, ohne Auftrag des Käufers, und ohne alle Nothwendigkeit, von den Erbschaftsschuldnern Gelder erhebt, so ist er dafür

Pflicht der Freundschaft oder wenigstens der Menschenfreundlichkeit ist, sich ohne Vollmacht und Auftrag fremden Geschäften zu unterziehen. Der Fall kommt besonders bey Abwesenden vor⁵⁴). Denn nicht selten trägt es sich zu, daß Jemand schleunig verreisen muß, und in der Meinung, daß er in kurzer Zeit zurückkommen werde, Niemandem die Verwaltung seiner Geschäfte aufträgt. Er bleibt aber, wider Vermuthen, längere Zeit aus, als Anfangs seine Absicht war, und kommt nun in die Lage, daß wenn kein Freund sich seiner Angelegenheiten annähme, ihm ein unabwendbarer Schaden daraus entstehen würde⁵⁵).

Allein

für verantwortlich, wenn er auch gleich durch Zufall um diese Gelder gekommen wäre. Man sehe die *L. 3. D. de hered. vel act. vendit.* welche eben so, wie die angeführte *L. 36. D. de R. I.* aus des POMPONII *Lib. XXVII. ad Sabinum* genommen, und daher mit derselben zu verbinden ist. *S. Iac. GOTHORREDI* Commentar. ad *L. 36. D. de R. I.* pag. 189. seq. u. *Ant. SCHULTING* Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 1. Man sehe ferner Titius hätte von meinem Schuldner ohne meinen Auftrag Geld erhoben, so wird mein Schuldner durch diese Bezahlung von seiner Schuld nicht frey, es wäre denn, daß ich den Vorgang genehmigte. Nur erst durch meine erfolgte Ratihabition wird zwischen mir, und dem Titius eine negotiorum gestorum obligatio begründet. *L. 9. C. h. t. rothier Pandectae Iustinian. h. t. nr. V.*

54) Daher sagt Ulpian *L. 1. D. h. t. Hoc Edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel [per] pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.* Man sehe über diese Stelle *SCHMID* cit. Diss. p. 4. u. *POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. 1.*

55) *S. §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.*
L. 1. D. h. t. L. 5. pr. D. de oblig. et act.

Wlück's Erläut. d. Pand. 5. Th.

Æ

Allein zuweilen kann auch Jemand gegenwärtig, und doch nicht im Stande seyn, zur Besorgung seiner Geschäfte eine Vollmacht zu erteilen. — Man setze z. B. der Eigenthümer sey wahnsinnig ⁵⁶⁾, oder unmündig ⁵⁷⁾, oder gar noch ungebohren ⁵⁸⁾. In allen solchen Fällen nun, da man die Geschäfte eines Andern, wenn auch gleich nicht immer in einem Nothfalle, aber doch wenigstens zu dessen Nutzen, und aus Freundschaft, ohne Auftrag übernimmt, wollen die Geseze, daß eine eben solche Verbindlichkeit zwischen dem Eigenthümer und dem Besorger seiner Geschäfte, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten, Statt finden soll. Selbst der Prätor fand dieses so billig, und für das gemeine Beste so nöthig, daß er diese Verbindlichkeit in seinem Edict nochmals bestätigte, wenn gleich eigentlich die sogenannten *obligationes quasi ex contractu*, zu welchen die *negotiorum gestio* gehört, ihre ursprüngliche Entstehung dem römischen Civilrecht verdanken ⁵⁹⁾. Merkwürdig ist es, wenn der Prätor in seinem Edict namentlich des Falles gedenkt, da Jemand die Geschäfte eines Verstorbenen besorgt hat, ehe der Erbe die Erbschaft angetreten. *Si quis negotia alterius, sagt er, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur, fuerint gesserit: iudicium eo nomine dabo* ⁶⁰⁾. Noch merkwürdiger aber ist es, wenn Ulpian

56) *L. 3. §. 5. D. h. t.*

57) *L. 6. pr. D. L. 2. C. h. t.*

58) *L. 29. D. h. t.*

59) *L. 5. pr. D. de obligat. et action. Ian. a costa Praelect. ad illustrior. quosd. Titulos locaque selecta iur. civ. pag. 95. sq. und schmid cit. Diss. pag. 15.*

60) *L. 3. pr. D. h. t.*

pian ⁶¹⁾ die besondere Erwähnung dieses Falles darum für nöthig hielt, weil man hier eigentlich nicht sagen könne, daß die Geschäfte eines Eigenthümers wären besorgt worden. Denn der ehemalige Eigenthümer sey gestorben, und der Erbe, der die Erbschaft noch nicht angetreten hat, sey auch noch nicht als Eigenthümer derselben zu betrachten. Nun könnte man zwar wohl dagegen einwenden, daß ja nach einer bekannten rechtlichen Fiction die Erbschaft, so lange sie der Erbe noch nicht angetreten hat, die Person des Erblassers vorstelle ⁶²⁾ und als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen angesehen werde ⁶³⁾, und daß folglich durch die Besorgung erbchaftlicher Geschäfte die Erbschaft selbst eben so verpflichtet werde, wie der Verstorbene, wenn er noch lebte ⁶⁴⁾. Man könnte auch sagen, daß derjenige, welcher sich erbchaftlichen Geschäften unterzieht, die Angelegenheiten des Erben selbst besorgt habe ⁶⁵⁾, weil ja, wenn der Erbe nachher die Erbschaft antritt, vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, als ob er dieselbe gleich bey des Erblassers Tode angetreten hätte ⁶⁶⁾. Allein es ließ sich hier, wo bloß die natürliche Billigkeit zum Grunde einer gegenseitigen Verbindlichkeit unter den Partheyen, die keinen Contract mit einander

X 2 geschloß.

61) *L. 3. §. 6. D. h. t.*

62) *L. 31. §. 1. D. de hered. instit. L. 34. D. de acquir. rer. dom.*

63) *L. 61. D. de acquir. rer. dom.*

64) *L. 1. D. de religios.*

65) *L. 22. D. de usurpat. et usucap.*

66) *L. 54. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 28. §. 4. D. de stipul. servor. L. 138. pr. D. de Reg. iur.*

geschlossen, auch sich durch kein Delict gegenseitig verantwortlich gemacht hatten, angenommen wurde, von jenen Fictionen des Civilrechts kein Gebrauch machen⁶⁷⁾; und in dieser Hinsicht war hier, wo nur die Wahrheit der Sache allein in Betrachtung kommt, jene Vorsicht des Prätors gewiß nicht unnöthig⁶⁸⁾. Sie giebt uns zugleich einen unwiderleglichen Beweis, wie sehr diejenigen irren, welche mit unserm Verfasser den Grund der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione in einer fingirten Einwilligung gefunden haben wollen, da sich doch wohl gewiß bey einem Verstorbenen so wenig, als bey einem Embryo, oder Wahnsinnigen, dessen negotia gerirt worden, ein Consens fingiren läßt⁶⁹⁾.

§. 416 — 418.

Unterschied zwischen der negotiorum gestioni und dem mandato.

Ist ein vermutheter Consens bey der erstern nothwendig anzunehmen?

Die negotiorum gestio wirkt nun zwar eine der Bevollmächtigung ähnliche Verbindlichkeit, sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß hier die Verbindlichkeit nicht ex consensu entsteht, wie bey dem mandato, bey welchem man aus dem übernommenen Auftrage verbindlich werden kann, wenn man auch das Geschäft nicht be-

67) Daß überhaupt die bemerkten Fictionen nicht ohne alle Einschränkung Statt finden, lehrt *L. 61. D. de acquir. rer. dom.* Man sehe auch *FINESTRES Praelect. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. I. Cap. 2.*

68) *SCHMID cit. Diss. ad L. 3. §. 6. D. h. t. pag. 24. seq.*

69) *SCHMID cit. Diss. p. 22. seq.*

besorgt hat⁷⁰⁾. Zwar giebt es bey der negotiorum gestione mehrere Fälle, wo sich die Einwilligung des Eigenthümers aus vernünftigen Gründen vermuthen läßt. Allein deswegen ist doch nicht zu behaupten, daß der vermuthliche Consens bey der negotiorum gestione nothwendig anzunehmen sey, um die Verbindlichkeit zu begründen⁷¹⁾. Denn die Gesetze gedenken dieses Grundes nicht, und solchen anzunehmen, ist auch darum unnöthig, weil hier schon nach der natürlichen Billigkeit, welche die Gesetze anerkennen, eine vollkommene Verbindlichkeit entsteht. Eben deswegen kommt es auch hier nicht auf die Qualität der Personen an, zwischen welchen die Verbindlichkeit ex negotiorum gestione begründet wird, ob sie sich nämlich durch ihre Einwilligung verbindlich machen können. Denn auch ein Unmündiger wird aus einer unternommenen negotiorum gestione wenigstens in so weit verbindlich, als er dadurch sich bereichert hat⁷²⁾.

§ 3

§. 419.

70) *L. 6. §. 1. D. mandati.* Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac sc. mandati actione erit conveniendus; nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit: *denique tenetur, etsi non gessisset.*

71) Dieses behauptet Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 934. not. 1.

72) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum *Divi Pii* etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur. Zwar will *Cuiacius* *Observat. Lib. XIII. cap. 7.* statt pupillus, *pupilli*, lesen, und das Gesetz von dem Falle verstehen, da Jemand eines Unmündigen negotia gerirt hat. Ihm stimmen auch *Ger. noodr* in *Comment. ad Dig. h. t. (T. II. Oper.*

§. 419.

Erfordernisse der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Erstes bis drittes Erforderniß.

Soll jedoch eine obligatio negotiorum gestorum begründet werden, so wird dazu erfordert,

1) daß Jemand eines andern Geschäfte wirklich besorgt, und nicht bloß solche zu besorgen, geglaubt habe. Wenn also Jemand in der Meinung, daß er meine Geschäfte besorge, seine eigene Angelegenheiten betrieben hätte, so entsteht hier keine Verbindlichkeit ex negotiorum gestione. Denn von einem solchen Irrthum Gebrauch zu machen, wäre unredlich⁷³⁾. Hätte hingegen der Andere in der Meinung, meine Geschäfte allein zu besorgen, zugleich auch seine Angelegenheit besorgt, so wird hier die obligatio negotiorum gestorum wenigstens in so weit begründet, als das Geschäft mich betrifft⁷⁴⁾. Es ist jedoch nicht eben nothwendig, daß das Geschäft denjenigen unmittelbar betreffen müsse, welcher aus der Geschäftsführung ver-

Oper. p. 95.) POTHIER in Pandect. Justin. h. t. Nr. XXIII. not. t. und SCHMID cit. Diss. pag. 17. bey. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, haben *Ant. FABER* in Rational. ad h. L. BACHOVIVS ad Prota Pandect. pag. 896. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Disp. XII. §. 22. *Ant. SCHULTING* Enarrat. part. prim. Pandect. h. t. §. 2. und HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 155. gezeigt. Man sehe auch *Christ. Henr. BREUNING* Quaest. iur. contr. an impubes negotiorum gestor esse possit? *Lipsiae* 1774.

73) L. 6. §. 4. D. h. t.

74) L. cit. §. 4. h. t.

verbindlich werden soll, sondern es ist genug, wenn es ihm nur daran gelegen war, daß ein Anderer dieses Geschäft besorgte. Julian ⁷⁵⁾ hat hiervon folgenden Fall. Ich besorge die Geschäfte eines Pupillen, ohne Auftrag seines Vormundes, in einem solchen Falle, wo der Vormund für seine Nachlässigkeit verantwortlich geworden wäre, weil ihm eigentlich diese Besorgung oblag. Hier habe ich nicht bloß des Pupillen, sondern auch des Vormundes negotia gerirt. Es ist mir daher auch der Vormund aus dieser negotiorum gestione verbunden, ja ich thue sogar besser, wenn ich gegen diesen klage, weil der Pupill nur in so weit haftet, als er dadurch reicher geworden, oder wenigstens eine Verminderung seines Vermögens dadurch abgewendet worden ist ⁷⁶⁾. Zuweilen kann ein Geschäft, was Jemand als das meinige besorgt hat, wenn es gleich sonst mich eigentlich gar nichts angeht, dennoch das meinige werden, nämlich wenn ich es *ratihabire* ⁷⁷⁾. **J. B. Tit.**

§ 4

titus

75) *L. 6. pr. D. h. t.* Ohne Zweifel gehört diese *L. 6.* noch zur vorhergehenden *L. 5. h. t.* und ist daher nicht vom Julian, sondern vom Ulpian, welcher nur den ersten nach seiner Gewohnheit citirte, wie aus *L. 8. §. 3. h. t.* zu ersehen ist. Dasjenige, was die Verfasser der Pandecten zur Inscription der *L. 6.* gemacht haben, lautete aller Wahrscheinlichkeit bey Ulpian folgendermaßen: *ut IULIANUS libro 3. Digestorum scribit*, so wie auch Haloander und eine *editio Lugdunensis* vom Jahr 1551 lesen. S. DUCKER in not. ad Opuscula de Latinitate Ictorum vet. pag. 320. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. u. SCHMID cit. Diss. pag. 58.

76) Nam et hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est, sagt *L. 47. §. 1. D. de Solution.* SCHMID in cit. Diss. ad h. Tit. pag. 59. sq.

77) *L. 6. §. 9. D. h. t.*

tius mahnt in meinem Namen den Sejus, in der Meinung, daß er mein Schuldner sey. Dieser bezahlt auch aus Irrthum die in Erinnerung gebrachte Summe, ohnerachtet er nichts schuldig war, und Titius nimmt das Geld für mich ein. Ich erfahre es, und genehmige die Handlung des Titius. Durch diese Ratihabition wird zwischen mir und dem Titius eine obligatio negotiorum gestorum begründet. Denn eigentlich kann man zwar nicht sagen, daß hier mein Geschäft gerirt sey, weil Sejus nicht mein Schuldner war. Allein meine Genehmigung macht, daß das Geschäft nun mich angehet. Ich kann daher mit der actione negotiorum gestorum gegen den Titius klagen, daß er das für mich in Empfang genommene Geld herausgebe, so wie ich nun auch wegen der Nichtschuld vom Sejus mit der condictione indebiti belangt werden kann. Sic ratihabition constituet tuum negotium, sagt Julian⁷⁸⁾, quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum. Eben so ist es, wenn ich in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, von einem Schuldner desselben für dich Gelder erhebe, und du solches genehmigest. Hier wirkt deine Ratihabition nicht nur, daß eine negotiorum gestorum obligatio zwischen uns entsteht, sondern es kann auch der wahre Erbe die Erbschaftsklage gegen dich anstellen⁷⁹⁾. Nur dann kommt die Ratihabition desjenigen, welcher aus Irrthum für den Eigenthümer des Geschäfts gehalten wurde, in keine Betrachtung, wenn der Dritte, den das Geschäft eigentlich nur allein angien, dadurch reicher geworden ist⁸⁰⁾. B. 3. ich unter:

78) L. 6. §. 9. cit.

79) L. 6. §. 10. D. h. t.

80) L. 6. §. 11. D. eod.

unternahm in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, zu deinem Besten die Reparatur eines zur Erbschaft gehörigen Hauses. Du genehmigest das Geschäft. Hier kann deine Ratihabition weder dem gegründeterem Rechte des wahren Erben derogiren, noch mich gegen dich zu klagen berechtigen, weil der wahre Erbe dadurch bereichert worden ist; oder wie *Pedius* in der angeführten *L. 6.* sagt: *cum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.*

2) Gewöhnlich ist das Geschäft, welches der *negotiorum gestor* übernimmt, ein außerrichterliches⁸¹⁾. Daher kann auch eine Frauensperson *negotia geriren*⁸²⁾. Eben dadurch unterscheidet man einen *negotiorum gestor* von einem *defensore*, welcher ein gerichtliches Geschäft des Andern ohne Auftrag besorgt (§. 386.). Daß aber doch die *negotiorum gestio* nicht bloß auf außerrichterliche Geschäfte allein einzuschränken sey, sondern dieselbe auch bey gerichtlichen Geschäften Statt finden könne, beweist nicht nur der Grund, den *Ulpian*⁸³⁾ von dem besondern Nutzen des *Edicti de negotiis gestis* anführt, nämlich *ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur absentes, vel pignoris distractionem*⁸⁴⁾, vel poe-

Æ 5

nae

81) *Guil. PROUSTEAU* Recitationes ad *L. 23. D. de Reg. iuris* Cap. XV. §. 10. (T. III. *Thes. Meermann.* pag. 512.)

82) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

83) *L. 1. D. h. t.*

84) Dieses bezieht sich auf die gerichtliche Einweisung in die Güter des abwesenden Beklagten, welche auf Ansuchen des Glän-

nae committendae actionem; sondern auch der Rechtsfall, den Papinian entscheidet, wenn er *lib. 2. Responsorum*⁸⁵⁾ sagt: *Uno defendente causam communis, aquae sententia praedio datur. Sed qui sumtus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.* Mehrere besitzen ein gemeinschaftliches Grundstück, welchem die Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht. Es entsteht darüber ein Streit, und einer von den Besitzern vertheidiget dieses Recht ohne Beytritt der übrigen. Der Prozeß wird gewonnen⁸⁶⁾. Hier kann der Kostenbeitrag von den übrigen mit der *actione negotiorum gestorum* gefordert werden. Warum hier nicht die *actio communi dividundo* anzustellen seyn, ist eine Frage worüber unter den Auslegern noch gestritten wird⁸⁷⁾. Mir genügt

Gläubigers verhängt werden kann, wenn Niemand den Beklagten vor Gericht vertritt, und welche, wenn sie *ex secundo decreto* verfügt wird, den Verkauf der Güter zur Folge hat. Man sehe *L. 5. D. de reb. auct. iudicis possid.*

85) *L. 31. §. 7. D. h. t.* Man sehe auch *L. 41. D. h. t.*

86) Papinian sagt: *Sententia praedio datur, weil hier das Prädium, so wie bey jeder dinglichen Servitut, das Subject des Rechts ist. Papinian will also soviel sagen: iudicatur, servitutem communi praedio deberi.* S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. b.

87) In der *L. 19. §. 2. D. communi divid.* wird folgender Grund angegeben: *Si per eundem locum via nobis debeat, et in eam impensa facta sit, durius ait POMPONIUS, communi dividundo vel pro socio agi posse. Quae enim communio iuris separatim intelligi potest? Sed negotiorum gestorum agendum.* Der Grund liegt also nach der Meinung des Paulus darin, daß eine Servitut, als ein untheilbares Recht, nicht gemeinschaftlich

genügt es hier, durch dieses Beispiel erwiesen zu haben, daß auch durch Uebernehmung gerichtlicher Geschäfte eine obligatio negotiorum gestorum eintreten könne. Daher sagt auch der Prätor ohne Unterschied: *Si quis negotia alterius gesserit, iudicium dabo*⁸⁸⁾.

3) Das fremde Geschäft muß ohne Auftrag besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der negotiorum gestor geglaubt hätte, einen Auftrag deswegen erhalten zu haben⁸⁹⁾. Man sagt gemeiniglich, es dürfe der Eigen-
thü-

lich ist, sondern jedem Gutbesitzer ganz zusteht. Eben diesen Grund nimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disp. XII. Th. 22. an. Dagegen wendet zwar *Ant. FABER* in Rational. ad L. 31. §. 7. D. h. t. ein, daß es doch ein bekannter Grundsatz sey, *servitutum per partes posse retineri*; L. 8. §. 1. *D. de Servit.* L. 30. §. 1. *D. de Servit. praed. urb.* Allein aus den angeführten Gesetzen erhellt schon von selbst, daß dieser Grund hier gar nicht anwendbar sey. *POTHIER* in Pandect. Justin. h. t. Nr. III. not. c. glaubt indessen, daß die actio communi dividundo aus dem Grunde nicht zu verwerfen seyn würde, weil doch die Besitzer des Grundstücks, denen die Servitut zusteht, communionem praedii haben. Folglich habe derjenige, welcher das bestrittene Servitutsrecht vertheidiget hat, in dieser Hinsicht eine gemeinschaftliche Sache geführt. Allein auch hieraus folgt noch nicht, daß die actio communi dividundo Statt finde, wenn es nicht gerade auf eine Theilung des Grundstücks selbst, sondern wie hier, auf einen bloßen Beitrag zum Kostenersatz angesehen ist.

88) *L. 3. pr. D. h. t.*

89) *L. 5. D. h. t.* Si cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione. Idem est, etiam si pro te fideiussore, dum puto mihi a te mandatum esse.

thümer des Geschäfts gar nichts davon wissen, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt. Allein es ist nicht gegen den Begriff einer negotiorum gestionis, daß man die Geschäfte eines Abwesenden ohne Auftrag besorgt, wenn dieser es auch erfährt⁹⁰⁾. Denn nur in dem Falle, wenn Jemand gegenwärtig ist, und wissentlich geschehen läßt, daß ein anderer sein Geschäft besorgt, ist eine stillschweigende Bevollmächtigung nach Vorschrift der Gesetze anzunehmen⁹¹⁾. Ja es kann zuweilen eine ausdrückliche Vollmacht ertheilt seyn, und doch nur aus einer negotiorum gestione geklagt werden, nämlich wenn die Umstände so ge eigenschaftet sind, daß die actio mandati nicht

90) PROUSTEAU in Recitationib. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XV. §. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 512.) sagt daher ganz richtig: Quodsi resciverit absens, ab alio negotia sua geri, per hanc rescientiam solam non videtur induci mandatum. Es erhellet dieses insonderheit aus der L. 41. D. h. t. wo zur negotiorum gestione erfordert wird, daß das Geschäft ignorante vel absente domino übernommen worden sey. Hierauf zielt auch CAJUS, wenn er L. 2. D. h. t. sagt: Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit, habeat eo nomine actionem. Denn der Sinn dieser Worte ist wohl unstreitig der, daß es bey Abwesenden nicht darauf ankomme, ob sie Wissenschaft davon gehabt haben, daß ein Anderer ihre Geschäfte besorgt habe, oder nicht, indem in dem einen Falle so gut, wie in dem andern, die actio negotiorum gestorum contraria gegründet sey, wenn der negotiorum gestor zum Besten des Eigenthümers Kosten verwendet hat. S. SCHMID cit Diss. pag. 10. sq. WALCH Introd. in contr. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 5. u. MADHN ad *Mencenii* doctr. de actionibus not. 1017. pag. 323.

91) L. 6. §. 2. L. 18. et 53. D. mandati. L. 6. Cod. eodem.

nicht Statt findet, und folglich die Bevollmächtigung für so gut, als nicht geschehen, zu halten ist. Paulus⁹²⁾ giebt hiervon folgendes Beyspiel. Ich besitze einen freyen Menschen bona fide als Sklaven, und gebe diesem den Auftrag, ein Geschäft für mich zu verrichten. Hier findet die actio mandati nicht statt. Warum? quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sagt Paulus, sed quasi ex necessitate servili. Ich muß also actione negotiorum gestorum gegen ihn klagen, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuit, quem obligare possem. Hierher gehört ferner, wenn mir ein Pupill ohne Auctorität seines Vormundes ein Geschäft aufträgt, denn da hier die Bevollmächtigung nichtig ist, so tritt, der Billigkeit wegen, wenigstens eine obligatio negotiorum gestorum ein⁹³⁾. Noch einen andern merkwürdigen Fall erzählt Ulpian⁹⁴⁾. Eine Mutter ertheilt mir und dem Titius den Auftrag, für den defensor ihres abwesenden Sohnes Bürgschaft zu leisten. Der Gegner ihres Sohnes weiß jedoch von diesem Auftrage nichts. Hier sind wir beyde aus unserer Bürgschaft rechtlich verbunden. Denn wollten wir die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses vorschützen, so würde sich der Gegner mit der
replica

92) *L. 19. §. 2. D. h. t.*

93) *L. 14. §. 15. D. de religios.*

94) *L. 7. et 8. D. ad SCtum Vellejan.* Mehrere Beyspiele enthalten *L. 6. §. 5. L. 32. L. 36. D. h. t.* woraus erhellet, daß die Gesetze die actionem negotiorum gestorum gleichsam als eine Stellvertreterin der actionis mandati in den Fällen billigen, wo die letztere nach dem strengen Recht nicht Statt finden kann. *S. Io. D'AYEZAN Libro contractuum alt. Tract. IV. §. 22. id*

replica doli helfen können. Allein wir können auch nicht einmahl actione mandati gegen die Mutter klagen, um uns schadlos zu halten, weil der von ihr ertheilte Auftrag zur Uebernehmung der Bürgschaft wegen des Vellejanischen Senatusconsultums in Ansehung ihrer ohne Wirkung ist. Der Billigkeit wegen verstatten indessen die Gesetze wenigstens die negotiorum gestorum actionem wider den Defensor, weil doch dieser durch unsere Bürgschaft von seiner Verbindlichkeit befreuet worden ist. Zuweilen kann auch die obligatio mandati und negotiorum gestorum bey einerley Geschäft concurriren. Dieses geschieht, wenn mir Jemand, welcher der Eigenthümer nicht ist, ein fremdes Geschäft zu besorgen, aufgetragen hat⁹⁵). Hier entsteht zwischen mir, und demjenigen, der mir den Auftrag ertheilt hat, die obligatio mandati, auf Seiten des Eigenthümers hingegen, dessen Geschäfte besorgt worden sind, die obligatio negotiorum gestorum. 3. B. ein Ehemann giebt mir den Auftrag zur Besorgung eines Geschäfts, welches die Güter der Ehefrau betrifft. Hier hat zwischen mir und dem Ehemann die actio mandati, zwischen mir und der Ehefrau aber, deren Geschäft ich besorgt habe, die actio negotiorum gestorum Statt⁹⁶). Daß jedoch in einem solchen Falle der Eigenthümer auch gegen den Mandanten selbst mit der actione negotiorum gestorum klagen könne, wenn ihn etwa der negotiorum gestor nicht hinlänglich entschädiget haben sollte, ist außer Zweifel, weil derjenige,

§. *Quid si quis.* (T. IV. *Thes. Meermann.* p. 111.) und PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 11. (T. III. *Thes. Meerm.* pag. 512.)

95) L. 3. §. *fin.* L. 4. D. *h. t.*

96) L. 14. Cod. *h. t.*

nige, der einem Dritten die Besorgung eines fremden Geschäfts aufträgt, dem Eigenthümer billig für allen Schaden haften muß, der durch die Nachlässigkeit des mandatarii verursacht worden ist⁹⁷⁾. Dahingegen wäre es offenbar widersprechend, mit Cujaz⁹⁸⁾ zu behaupten, daß die actio mandati und negotiorum gestorum zwischen denselben Personen electivisch concurriren könnte, wenn ihm gleich Huber⁹⁹⁾ und Westenbergh¹⁰⁰⁾ hierin beypflichten. Die Frage kann entstehen, wenn der Eigenthümer das Geschäft ratihabirt, welches Jemand ohne seinen Auftrag unternommen hat. Es sind hier zwey Fälle möglich. Die Ratihabition des Eigenthümers erfolgte entweder, ehe noch das Geschäft vollendet war, oder das Geschäft war schon ganz zu Ende gebracht, als der Eigenthümer solches genehmigte. In dem erstern Falle legt unser Verfasser (§. 419.) der erfolgten Genehmigung eben die Wirkung bey, als wenn gleich Anfangs zur Besorgung des Geschäfts ein Auftrag wäre ertheilet worden. In dem letztern Falle hingegen behauptet er, daß die einmahl begründete obligatio negotiorum gestorum durch die von Seiten des Eigenthümers erfolgte Ratihabition nicht geändert, und folglich dadurch keineswegs in ein mandatum verwandelt werde. Diese Meinung wird von mehreren Rechtsgelehrten¹⁾ behauptet, und hat auch, so viel wenigstens

97) *L. 21. §. ult. L. 28. D. h. t.* SCHMID cit. Diss. pag. 50. sq. not. z.

98) Praelect. in Tit. D. de div. Regulis iur. ad L. 60. h. t.

99) Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5.

100) Princip. juris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22.

1) *de coccej* in iure civ. contro. h. t. Qu. 6. *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. V. §. 6. pag. 120.

stens den letztern Fall betrifft, den Beyfall der Gesetze für sich ³⁾. Denn wenn man gleich derselben die Stelle aus Ulpian's libro 10. Disputationum ⁴⁾ entgegensezt, wo er sagt: *Si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione*; so ist doch schon von andern Rechtsgelehrten ⁵⁾ dagegen erinnert worden, daß Ulpian von einem solchen Falle rede, wo durch die Ratihabition das mandatum seine Bestätigung oder Perfection erhält. Dahin gehört z. B. wenn der Procurator etwas thut, was nicht unmittelbar zu seinem Auftrag gehörte, allein der Mandans genehmiget es dennoch, oder der Procuratur handelte bloß vermöge eines vermutheten Auftrags, und es erfolgt von Seiten des Principals die Ratihabition, diese wird alsdann einem mandato vero gleichgeachtet ⁵⁾. Allein in Absicht auf

120. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 10. Höpfner in Commentar über die Institutionen §. 925. nr. 1. u. a. m.

2) *L. 9. D. h. t.* wo gesagt wird: *quod actio negotiorum gestorum, cum semet coeperit, nuda voluntate haud tollatur*. Daß die Genehmigung die negotiorum gestionem in kein mandatum verwandele, sagen auch ganz entscheidend *L. 9. et 19. Cod. h. t. L. 3. C. de rei vindicat.* und *L. 3. C. de contrah. vel committ. stipulat.*

3) *L. 60. D. de Reg. iuris.*

4) *S. Io. van der LINDEN ad Voetium (Trajecti ad Rhen. 1793.) h. t. pag. 77.* und *Iul. a BEYMA Commentar. in Tit. de Verbor. significat. et de div. Reg. iuris ad L. 60. cit. pag. 323.*

5) Vergleicht man die *L. 60. cit.* mit der *L. 1. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* und *L. 30. D. de condict. indeb.* verbunden mit der *L. 2. §. 4. D. de adm. rer. ad civit. pert.* welche alle aus eben dem libro 10. Disputationum ULPIANI genommen sind; so scheint hier ein solcher Fall zum Grunde

auf den ersten Fall, wenn nämlich die Genehmigung des Eigenthümers während der Geschäftsführung erfolgt, sind die Rechtsgelehrten nicht einverstanden, welche Wirkung hier der Ratihabition des Eigenthümers beizulegen sey. Unser Verfasser, der selbiger die Wirkung einer gleich Anfangs geschehenen Bevollmächtigung zuschreibt, beruft sich mit denjenigen, welche gleicher Meinung sind, auf die *L. 60. D. de Reg. iur.* und glaubt, daß solche von dem Falle zu verstehen sey, da die Genehmigung des Eigenthümers *negotio nondum perfecto* erfolgt⁶⁾. Dagegen ist nun aber

zu liegen, da Jemand, der nicht Syndicus ist, die Geschäfte einer Gemeinheit vermöge eines stillschweigenden oder präsuntiven Auftrags des Syndikus besorgt hat, dessen Handlungen nachher von dem letztern genehmiget worden sind. *S. Iac. GOTHOPREDUS* in Commentar. in Tit. Pandect. de divers. Regulis iuris ad *L. 60. cit.* pag. 255. Ist dieses richtig, so läßt sich die Erklärung des *Greg. LOPEZ MADERA* Animadversion. iuris civ. libr. sing. (*Coloniae Agripp.* 1694.) Cap. 31. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 493.) nicht annehmen, welcher den Fall der *L. 9. C. h. t.* zum Grunde legt, und die *L. 60. D. de Reg. iur.* von der actione mandati contraria erklärt, welche der Schuldner in dem Falle, da ein Dritter die schuldige Summe Namens des Gläubigers ohne Auftrag erhoben hat, gegen den Gläubiger, von dem nachher diese Handlung genehmiget worden ist, dahin anstellen kann, ut et ne repetat, et liberationem praestet. Denn wozu diese Klage? da der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch die Einrede der Ratihabition auf immer gedeckt ist. Quomodo enim reprobare potest creditor, semel probatum? wie *Scävola* sagt *L. 9. D. h. t.*

6) Eben so *HOFACKER* Princip. iur. civ. T. III. §. 3036. not. m. pag. 368.

aber freylich von andern ⁷⁾ nicht ohne Grund erinnert worden, daß bey jedem Geschäft in Absicht auf die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf dessen Anfang zu sehen sey ⁸⁾. Es kann auch der Unterschied, den Hubert Giphanius ⁹⁾ macht, ob nämlich der Eigenthümer gegenwärtig, oder abwesend sey, zur Entscheidung der Sache nichts beytragen. Denn der Grund, daß sich inter praesentes ein mandatum eher fingiren lasse, als inter absentes, scheint mir nicht hinreichend zu seyn, um einzusehen, warum die Ratihabition gerade in dem ersten Falle die actionem mandati begründen, in dem letztern aber die actio negotiorum gestorum Statt finden solle, dessen nicht zu gedenken, daß überhaupt bey einer erfolgten Ratihabition von einem mandato ficto wohl nicht die Frage seyn könne. Richtiger ist daher die Meinung, welche Boet ¹⁰⁾, Janus a costa ¹¹⁾, und Johann D'Alvezan ¹²⁾ behaupten, daß man bey einer erfolgten Ratihabition des Eigenthümers darauf zu sehen habe, in welcher Absicht diese Genehmigung geschehen sey.

Hat

7) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 6. not. I.

8) L. 8. pr. L. 20. §. 1. *D. mandati*. L. 20. *C. famil. ercisc.*

9) Tract. de diversis Regulis iuris (*Argentor.* 1607. 8.)

Lib. I. Membr. II. Cap. 12. pag. 130. und Desselben Explanat. difficiliorum et celebrior. Legum Codicis Iustin. (*Colon. Plancian.* 1614. 4.) ad L. 3. Cod. de contrah. et committ. stipulat. pag. 415. Dem Giphanius stimmen auch Ant. SCHULTING Enarrat. P. I. Dig. h. t. §. 5. und SCHMID in Diss. ad h. Tit. pag. 91. bey.

10) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14.

11) Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos Locaque select. iur. civ. pag. 96.

12) Contractuum lib. II. Tract. IV. §. 3. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 112.)

Hat nämlich der Eigenthümer, nachdem er die von dem Dritten unternommene, allein noch nicht vollendete, Geschäftsführung erfahren, seine Meinung darüber auf eine solche Art geäußert, daß sich an der Ertheilung eines Auftrags nicht zweifeln läßt, so würde eine solche Ratihabition die actionem mandati unstreitig begründen; dahingegen, wenn es an dieser Absicht fehlen sollte, die durch die ohne Auftrag unternommene Besorgung fremder Geschäfte einmal begründete obligatio negotiorum gestorum, durch die erfolgte Ratihabition des Eigenthümers, keineswegs in ein mandatum verwandelt wird, daher in diesem Falle die actio negotiorum gestorum anzustellen ist. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so erhellet doch aus Allem so viel, daß wegen der nämlichen Geschäftsführung keine elective Concurrrenz der actionis mandati und negotiorum gestorum unter denselbigen Personen statt finden könne, wie auch D'Alvezan ¹³⁾ und Giphanius ¹⁴⁾ gegen die Meinung des Eujaz erinnert haben. Ich bemerke nur noch dieses, daß wenn der Eigenthümer zwar Jemandem zur Uebernehmung eines Geschäfts den Auftrag gegeben, dieser aber das Geschäft nicht selbst besorgt hat, sondern durch einen Dritten hat verrichten lassen, zwischen diesem und dem Herrn des Geschäfts keine obligatio mandati, sondern die obligatio negotiorum gestorum vorhanden sey. Afrikanus ¹⁵⁾ hat hiervon folgenden Fall. Ich gebe dem Titius den Auftrag, daß er für mich eine Bürgschaft übernehme, dieser substituirt nachher, ohne mein Wissen, den Cajus, welcher nun für mich

§ 2

Bür:

13) a. a. D.

14) Explanat. ad L. 3. C. de contrah. et committ. stipulat. p. 415.

15) L. 46. §. 1. D. h. t.

Bürge wird. Hier kommt dem letztern gegen mich nicht die *actio mandati*, sondern die *actio negotiorum gestorum* zu.

§. 420.

Viertes Erforderniß.

Zur Begründung einer *obligationis negotiorum gestorum* wird ferner 4) erfordert, daß man die Geschäfte des Andern nicht wider den Willen desselben, und gegen dessen ausdrückliches Verbot übernommen habe. Denn wer dieses thut, muß nicht nur dem Eigenthümer allen Schaden ersetzen, insofern derselbe ohne seine Einmischung nicht entstanden seyn würde; sondern er bekommt auch nichts dafür ersetzt, was er gleichwohl zum Nutzen des Eigenthümers verwendet hat¹⁶⁾. Dieses drückt die Regel aus: *inuiti, oder, wie Hellfeld sagt, contradicentis negotia non geruntur*. Unter den alten römischen Juristen, Proculus und Julian, war zwar darüber ein Streit, ob derjenige, welcher sich den Geschäften eines Andern gegen dessen Verbot unterzogen, und diese auch nützlich besorgt hat, seine gehaltenen Auslagen nicht wenigstens mittelst einer *actionis negotiorum gestorum utilis* einlagen könnte¹⁷⁾? Proculus behauptete, daß nach der Billigkeit dem Geschäftsführer auch in diesem Falle die Klage wegen des Kostenersatzes nicht abzusprechen sey. Denn wollte ihm der Eigenthümer die Einrede des geschehenen Verbots entgegen setzen, so könnte er sich dagegen mit der *replicatione doli mali* schützen, weil es unbillig sey, sich

16) *L. 40. D. mandati. L. 8. §. 3. D. h. t.*

17) *G. Gottfr. MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianorum. Cap. IX. Sect. V. §. 2. pag. 164. sqq. und besonders Em. MERILLII Exposition. in quinquaginta Decision. Iustiniani Cap. 33.*

sich mit dem Schaden eines Andern bereichern zu wollen¹⁸⁾. Julian hingegen läugnete schlechterdings, daß in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer die *actio negotiorum gestorum contraria* Statt finde, man möge sie nun *directam* oder *utilem* nennen¹⁹⁾; ohne Zweifel aus dem Grunde, weil derjenige, welcher sich, des Verbots des Eigenthümers ungeachtet, in dessen Angelegenheiten gemischt, und dieser wegen Kosten aufgewendet hat, nicht die Absicht gehabt haben könnte, sich denselben verbindlich zu machen; man müsse also hier annehmen, daß er ihm seine Kosten und Auslagen habe schenken wollen. In dieser Hinsicht lasse sich auch nicht mit Grund behaupten, daß sich der Eigenthümer zum Schaden des Geschäftsführers auf eine unbillige Art bereichere. Der Meinung Julians gaben auch Pomponius und Paulus Beifall²⁰⁾. Justinian hat jedoch diese Streitfrage in einer von seinen fünfzig Decisionen²¹⁾,

§ 3

und

18) *L. 17. §. 1. D. de instit. act.* sagt Proculus: videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

19) Julians Meinung führt Justinian an *L. ult. Cod. h. t.*

20) *L. 40. D. mandati.* Si pro te praesente et vetante fideiusserim, sagt Paulus, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam *utilem* putant dari oportere: quibus non consentio; secundum quod et Pomponio videtur.

21. *L. ult. Cod. h. t.* Si quis nolente, et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum se se immiscuit; apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem: quam quibusdam pollicentibus *directam*, vel *utilem*, aliis negantibus, (in quibus et *Salvius Iulianus* fuit) hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum *Iuliani* sententiam nullam

und zwar nach Julian's Meinung, entschieden, und nur die nähere Bestimmung beygefügt, daß wenn der Geschäftsführer schon vorher Kosten aufgewendet hätte, ehe er von dem Verbot des Eigenthümers Nachricht erhielt, diese ihm ersetzt werden müßten, insofern sie für den Eigenthümer nützlich wären. Sodann müsse auch der Eigenthümer seinen Widerspruch ausdrücklich, entweder schriftlich oder mündlich, jedoch in Gegenwart einiger Personen, zu erkennen gegeben haben. Ist dieses geschehen, und der Geschäftsführer fährt dennoch fort, so kann er von der Zeit an keinen weiteren Kostenersatz verlangen, wenn er auch das Geschäft noch so nützlich besorgt hätte²²⁾. Uebrigens wird hier freylich, wie auch

lam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem: scilicet post denunciationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid deinde si dominus aspexerit, ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa adsimulatione habita, eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo modo patimur, sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis, vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum; ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem. Super anterioribus autem (si utiliter factae sunt) habere eum actionem contra dominum concedimus, sua natura currentem.

- 22) Der kategorischen Entscheidung Justinian's in der *L. ult. C. cit.* ungeachtet, glauben dennoch verschiedene Rechtsgelehrten, daß es der Billigkeit und Rechtsanalogie gemäßer sey, nach der Meinung des Proculus zu sprechen. Diese Meinung hegte zuerst der wegen seiner gar zu billigen Denkungsart bekannte Martinus Gosias, dem nachher mehrere beygetreten sind, unter denen ich einen Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11. ungern nenne. Allein der Grund, daß es

auch unser Verfasser bemerkt hat, immer vorausgesetzt, daß derjenige, welcher mir die Verwaltung seiner Geschäfte untersagt hat, sowohl die physische als moralische Fähigkeit, einen solchen Widerspruch einzulegen, haben müsse. Wenn also die Person, die das Geschäft angeht, gar nicht einmal im Stande war, zu dissentiren, wenn man sie auch um ihren Consens gefragt hätte, und doch die Besorgung des Geschäfts für sie nothwendig oder nützlich ist, so kann ein solcher Widerspruch die Entstehung der obligationis negotiorum gestorum nicht hindern. Dieser Fall kann vorkom-

§ 4

men,

es doch unbillig sey, sich mit eines andern Schaden zu bereichern, ist schon oben beantwortet worden; nicht zu gedenken, daß diese Regel der Billigkeit überhaupt mehrere Ausnahmen leidet, welche *Pet. Franc. LINGLOIS* in *Quinquaginta Decision. Iustiniani. Decis. I. Qu. 1.* anführt. Und wenn ein *malae fidei possessor* den Kostenaufwand in Abrechnung bringen kann, welchen er wissentlich zur Verbesserung der sich angemachten fremden Sache gemacht hat; *L. 38. D. de hered. petit.* so folgt hieraus noch nicht, daß dem negotiorum gestori, der gegen das Verbot des Eigenthümers gehandelt hat, ebenfalls eine Entschädigungs-klage zustehen müsse. Denn der Prädo hatte bey seinem Kostenaufwande nicht die Absicht, ein fremdes Geschäft zu geriren, folglich läßt sich hier nicht so, wie bey dem negotiorum gestore in dem bemerkten Falle, eine Freygebigkeit (*animus donandi*) vermuthen, wie *MERILLIUS* in *Exposit. in L. Decis. Iustin. cap. 33.* in fin. sehr gründlich gegen *Martins* Meinung erinnert hat. Es ist überden: sehr merkwürdig, daß eben der *Paulus*, welcher in der *L. 40. D. mandati* dem negotiorum gestori die Klage in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer rund abspricht, in der angef. *L. 38. D. de hered. petit.* selbst den Grund anführt, *quod non debeat petitor ex aliena iactura lucrum facere.* Ein Widerspruch läßt sich aber ohne Grund nicht annehmen. *S. SCHMID cit. Diss. pag. 111.*

men, wenn man die Geschäfte eines Kindes, oder eines Rasenden, oder eines höchst Betrunknen zu dessen Besten besorgt. Hier kommt der Widerspruch einer solchen Person in keine Betrachtung, sondern es ist eine wahre negotiorum gestio vorhanden, und der Eigenthümer, seines Widerspruchs ungeachtet, zur Entschädigung verpflichtet, weil er die physische Fähigkeit zu dissentiren nicht hatte. Eben dieses findet Statt, wenn der Widerspruch des Eigenthümers gesetzwidrig oder gar böshaft ist, weil die Besorgung des Geschäfts eine solche Verbindlichkeit betrifft, deren Erfüllung ihm nach den Gesetzen oblag. Dahin gehört, wenn Jemand gegen das Verbot des Eigenthümers eine nöthige Reparatur in desselben Hause unternimmt, um eine Gefahr abzuwenden, welche von dem Einsturz des Gebäudes zu besorgen war²³); oder wenn Jemand sich gegen das Verbot des Erben der Beerdigung seines Erblassers unterzieht, weil der Erbe dazu keine Anstalt machte. In beyden Fällen ist die Verbindlichkeit zur Entschädigung, des eingelegten Widerspruchs ungeachtet, gesetzlich begründet²⁴).

§. 421.

Fünftes, sechstes und siebentes Erforderniß der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Ein fünftes Erforderniß bey der negotiorum gestione ist, daß man nicht aus Gewinnsucht, und bloß um seines eigenen Vortheils willen, sich eigenmächtig in fremde Geschäfte eingemischt habe. Zwar ist

23) Nam interest reipublicae, ne urbs ruinis deformetur.

L. 2. §. 17. L. ult. D. Ne quid in loco publico.

24) L. 14. §. 13. D. de religiosis. LINGLOIS cit. loc. Qu. 2.

ist auch ein solcher negotiorum gestor, und zwar noch mehr, als ein anderer, zur Verantwortung verpflichtet, weil es in Ansehung der Klage, die dem Eigenthümer deshalb zusteht, nicht auf die Absicht des negotiorum gestor, sondern nur darauf ankommt, daß Jemand die Geschäfte desselben übernommen hat. Allein die Klage, die sonst auch der negotiorum gestor wegen seiner Entschädigung gegen den Eigenthümer anstellen kann, wenn gleich der Nutzen durch Zufall wieder verlohren gegangen ist, fällt hier weg. Nur insofern der Eigenthümer durch eine solche Geschäftsführung wirklich bereichert worden ist, gestatten die Gesetze dem negotiorum gestori der Billigkeit wegen, welche überhaupt in dieser Lehre gleichsam den ersten und Hauptgrundsatz ausmacht, eine Klage ²⁵⁾ welche Cujaz ²⁶⁾ für eine *condictionem indebiti*, Jensius ²⁷⁾ für die *actionem de in rem verso*, Schmidt ²⁸⁾ für eine *actionem in factum*, die meisten Rechtsgelehrten ²⁹⁾ aber, der Natur der Sache gemäß

§ 5

25) *L. 6. §. 3. D. h. t. Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: LABEO scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et itenebitur negotiorum gestor actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit: non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit; sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.*

26) ad *Africanum* Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t.

27) *Strictur.* ad Rom. iuris Pandectas et Codicem pag. 13.

28) *Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen* IV. Band §. 1079. ad 4)

29) *VOBT* *Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. Desid.* HERALDUS de rerum indicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 5. (Tom. II. *Thes.*

gemäßer, für die *actionem negotiorum gestorum contrariam* halten, welche nun aber hier freylich zur Strafe des Eigennuzes sehr beschränkt ist. Gerhard Roodt³⁰⁾ will zwar auch nicht einmal in dem Falle, den das Gesetz ausnimmt, dem *negotiorum gestori* eine Klage gestatten, sondern glaubt, daß derselbe sich nach der Rechtsanalogie nur einer Retention oder Compensation bedienen könne, weil in andern Gesetzen auch nicht einmal einem *bonae fidei possessori*, wenn er auf die fremde Sache Kosten verwendet hat, dieserwegen eine Klage, sondern eine bloße Exception gestattet werde³¹⁾; man müsse also in dem angeführten Gesetz statt: *habet contra me actionem*, vielmehr *habet contra me exceptionem* lesen. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, und daß durch dieselbe, gegen die billige Absicht des Gesetzes, bald die Lage des *negotiorum gestoris*, wenn zufälliger Weise der Eigenthümer nichts mehr an ihm zu fordern haben sollte, um demselben die *exceptionem compensationis* entgegen setzen zu können, bald hingegen die Lage des Eigenthümers verschlimmert werden würde, wenn nämlich die vorgeschükte Einrede des Geschäftsführers z. B. wegen

Thes. I. R. Ottonian. pag. 1270.) *Ulr.* HUBER *Eunomia* Rom. ad lib. III. Pand. h. t. pag. 157. §. 4. *Pet. de GREVE* *Exercitatus ad Pandect. loca difficiliora Exercit. V.* §. 5. und SCHMID cit. *Diss. ad h. Tit.* pag. 66. sqq.

30) *Probabil. Lib. III. cap. 9.*

31) *L. 48. D. de rei vindic. L. 33. D. de condict. indeb.* Allein hier ist von keiner *negotiorum gestione* die Rede. Es hat auch die *Vindicationssklage* ihrer Natur nach keine solche *actionem contrariam* zur Folge, wie die *actio negotiorum gestorum directa*. Es läßt sich folglich von dem *Einem* auf das *Andere* hier kein Schluß machen.

wegen der Schätzung der Meliorationen auf einer weit aussehenden Erörterung beruhen sollte, haben Jenson³²⁾, Voet³³⁾, und besonders Wächter³⁴⁾ gegen Noodt hinlänglich dargethan.

Auf Seiten des Geschäftsführers wird ferner 6) erfordert, daß er die Absicht gehabt, sich den Herrn des Geschäfts verbindlich zu machen, oder doch wenigstens nicht in der Absicht, ihm seine Kosten und Auslagen zu schenken, die Geschäfte desselben übernommen habe. Zwar ist der animus obligandi keinesweges dazu erforderlich, um den Geschäftsführer zu verpflichten³⁵⁾. Denn dieser ist aus der negotiorum gestione allemal verbindlich, seine Absicht mag gewesen seyn, welche sie wolle³⁶⁾; weil die Intention des Geschäftsführers das Recht des Eigenthümers nicht ändern noch vermindern kann³⁷⁾. Allein wenn von der Verbindlichkeit des Geschäftsherrn zur Entschädigung des negotiorum gestoris die Frage ist, so hat die demselben dieserwegen zustehende Klage nach der Subtilität des römischen Rechts eigentlich nur denn Statt, wenn dieser die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts

32) a. a. D.

33) a. a. D.

34) Notae ad *Noodtii* Probabil. iur. civ. cap.9. Libri III. (in *Opuscul.* pag.324. seqq.)

35) de coccejus ius civ. controvers. h. t. Qu. 1. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §.937. Not.5.

36) L.6. §.3. D. h. t.

37) Schmid cit. Diss. pag.65. sqq.

schäfts verbindlich zu machen³⁸⁾. Sie fällt also der Regel nach weg, wenn ich zwar wirklich ein fremdes Geschäft verrichtet habe, aber doch solches nicht gewußt, sondern vielmehr geglaubt habe, meine eigene Angelegenheiten zu besorgen. In solchem Falle kann man sich entweder nur einer Retention bedienen, oder man kann dasjenige, was man in der Meinung, seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, für einen Andern wider sein Wissen und Willen bezahlt hat, von dem Empfänger als eine Nichtschuld zurückfordern, weil der wahre Schuldner durch eine solche aus Irrthum geschehene Zahlung von seiner Verbindlichkeit nach dem strengen Rechte nicht befrenet worden ist³⁹⁾. Z. B. es glaubt Jemand Erbe zu seyn, und bezahlt eine Erbschaftsschuld, so kann er zwar bey der Restitution der Erbschaft das Bezahlte in Abrechnung bringen⁴⁰⁾; allein ist die Erbschaft einmal abgeliefert, so kommt ihm gegen den Erben keine *actio negotiorum gestorum* zu, sondern er kann nur mit der *condictione indebiti* das Gezahlte von dem Gläubiger zurückfordern⁴¹⁾. Da jedoch das Gesetz der Billigkeit, welches hier bey der *negotiorum gestione*, wie bereits oben bemerkt worden ist, den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, nicht erlaubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern

38) *L. 14. §. 1. L. 29. D. communi divid. L. 14. §. 11. D. de religios. L. 33. in fin. D. de condict. indeb.*

39) *L. 19. §. 1. D. de condict. indeb. L. 38. §. 2. D. de Solution.*

40) *L. 5. Cod. de heredit. petit.*

41) *cujacius ad Africanum Tract. VII. ad L. 38. §. 2. D. de Solut. et Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. und de cocceji iur. civ. controuv. h. t. Qu. 5.*

chern, so gestatten die Geseze ⁴²⁾ in dem Falle, da ein Dritter, wenn gleich wider mein Wissen und Willen durch das von mir übernommene Geschäft von einer Verbindlichkeit befreyet worden ist, welche ihm den Rechten nach zu erfüllen oblag, in Ermangelung eines andern Rechtsmittels, billig die *actionem negotiorum gestorum utilem* gegen denjenigen, dessen Nutzen dadurch wirklich befördert worden ist. Wenn ich also z. B. in der Meinung, daß ich des Titius Erbe geworden sey, Vermächtnisse auszahle, so kann ich nachher, wenn ich die Erbschaft dem wahren Erben habe abtreten müssen, die geleisteten Zahlungen mit der *actione negotiorum gestorum utili* ersetzt verlangen. Denn ich habe ihn doch durch diese Zahlungen von einer Verbindlichkeit befreyet, welche ihm selbst obgelegen hätte ⁴³⁾. Dieses hat nun auch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht den mindesten Zweifel, als welcher nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten ⁴⁴⁾ die *actionem negotiorum*

42) *L. 14. §. 11. D. de religios. L. 32. pr. D. eodem. L. 50. §. 1. D. de heredit. petit.* und besonders *L. ult. D. h. t.* wo es heißt: *Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desiderit: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda; sicut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberaret.*

43) *L. ult. D. h. t.*

44) de COCCEJI C. I. LAUTERBACH Colleg. Theor. pr. Pandect. h. t. §. 9. REINHARTH Diss. de eo, quod circa negot. gest. iustum est. §. 18. L. B. a WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 262. Struben rechtliche Bedenken 3. Theil Ved.

rum gestorum utilem ohne alles Bedenken gestattet, wenn man auch nicht gerade die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts zu verpflichten, aber doch auch nicht den Willen; ihm die Auslagen zu schenken, insofern nur durch das Geschäft der Nutzen desselben wirklich befördert worden ist.

Wenn das Geschäft, was ich ohne Auftrag übernommen habe, mehrere Personen zugleich angeht, ich habe es aber nur in Rücksicht des einen gerirt, so ist mir eigentlich nur dieser ex quasi contractu negotiorum gestionis verbindlich. Der andere haftet bloß in subsidium der Billigkeit wegen insoweit, als er durch meine Geschäftsführung bereichert worden ist. Z. B. ich besorge ein Geschäft ohne Auftrag, welches das *Pekulium* eines *filiifamilias* betrifft. Hier entsteht die Frage, ob ich auch gegen den Vater, welcher seinem Sohne das *Pekulium* zum negociiren gegeben hat, die *actionem negotiorum gestorum* anstellen könne? Nach der Meinung des *Labeo*, die auch *Pomponius* annimmt ⁴⁵⁾, kommt es darauf an, ob ich bloß in Rücksicht des Vaters das *negotium peculia-*re gerirt habe, oder aus Freundschaft für den Sohn. In dem erstern Falle ist mir der Vater aus dieser *negotiorum gestione* ganz allein verbunden. In dem letztern Falle aber betrifft zwar ihn auch, als Eigenthümer des *Pekuliums*, das von mir übernommene Geschäft; allein da ich es doch nicht in Rücksicht desselben, und in der Absicht, ihn verbindlich zu machen, besorgt habe, so steht mir die *actio negotiorum gesto-*

Bed. 76. Schmidt Commentar über f. Vaters Lehrb. von Klagen IV. Band §. 1079. ad 4. u. a. m.

45) L. 6. §. 6. D. h. t.

gestorum eigentlich nur gegen desselben Sohn zu. Denn daß auch ein *filiusfamilias* nach dem Civilrecht verbindlich werden kann, ist außer Zweifel⁴⁶⁾. Gegen den Vater kann ich also hier nur *actione de peculio* klagen. Wäre hingegen diese Klage fruchtlos, weil der Sohn dem Vater mehr schuldig ist, als das *Peculium* beträgt, so kann ich nun zwar den Vater *actione negotiorum gestorum utili* belangen, allein doch nur in quantum *locupletior ex mea administratione factus est*. Eben so ist es, wenn Titius meinem Sohn den Auftrag gegeben hat, daß er ihm ein Grundstück kaufe, und ich mich diesem Geschäft unterziehe, nachdem ich von dem Auftrage Nachricht erhalten habe. Africanus⁴⁷⁾ sagt, es komme auf meine Absicht an, warum ich mich der Sache annahm. That ich es aus Freundschaft für den Titius, weil ich es besser wußte, wie mein Sohn, was Titius für ein Grundstück brauche, und wo dergleichen für einen billigen Preis zu bekommen sey, so hat zwischen mir und dem Titius die *actio negotiorum gestorum* Statt, eben so als wenn gar kein Auftrag wäre ertheilet worden. Hätte ich aber das Kaufgeschäft bloß um meines Sohnes willen übernommen, damit nur dieser nicht deswegen verantwortlich werde, so findet hier die *actio negotiorum gestorum* nicht Statt, sondern ich kann nur gegen den Titius *ex persona filii mei actionem mandati* anstellen, ihm stehet hingegen wider mich die *actio de peculio* zu.

Habe

46) *L. 39. D. de obligat. et action.* SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 75. sqq.

47) *L. 46. D. h. t.*

Habe ich mich bloß in der Person desjenigen geirrt, für welchen ich das Geschäft besorgte, ich glaubte Titius sey Eigenthümer desselben, ich habe aber eigentlich des Sempronius Geschäft besorgt, so ist nicht der erstere aus dieser negotiorum gestione verbindlich, sondern ich habe es in Ansehung meiner Entschädigung lediglich mit dem Sempronius, als dem wahren Eigenthümer, zu thun⁴⁸⁾. Der Irrthum in der Person hindert also die Entstehung der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione nicht, wenn ich nur die Absicht gehabt habe, einen Dritten verbindlich zu machen. Daß die Billigkeit auch hier den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, lehrt folgender Rechtsfall aus Ulpian⁴⁹⁾. Titius bezahlt verschiedene Schulden des verstorbenen Sempronius, in der Meinung, daß seine Schwester desselben Testamentserbin geworden sey. Allein des Verstorbenen Kinder fochten das Testament ihres Vaters an, und wurden sui heredes mit Ausschließung der Testamentserbin. Hier hatte nun zwar Titius die Geschäfte seiner Schwester zu besorgen geglaubt, in der That aber die negotia der Kinder der Verstorbenen gerirt. Wer entschädigt nun in diesem Falle den Titius? Von den Gläubigern, an welche er die Schulden des Verstorbenen bezahlt hat, kann er nichts zurückfordern⁵⁰⁾. Es ist daher billig, daß er von den wahren Erben seine Entschädigung erhalte. Denn wenn gleich die Zahlung nicht in Rücksicht ihrer

48) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

49) *L. 45. §. 2. D. h. t.*

50) *L. 44. D. de condict. indeb.* Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitor, solutum est.

ihrer geschähe, so ist dadurch doch in der That ihr Vortheil befördert worden, weil sie sich nun auf immer mit der exceptione doli gegen die Gläubiger ihres Erblassers schützen können, wenn sie etwa von diesen belangt werden sollten⁵¹⁾. Sie würden sich also mit dem Schaden des Titius unbilliger Weise bereichern. Mit Recht sagt daher Ulpian: quia aequum est, in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit⁵²⁾.

Endlich wird noch 6) erfordert, daß das unternommene Geschäft zum Vortheil des Principals müsse besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der Nutzen nachher wieder durch einen Unglücksfall verloren gegangen wäre⁵³⁾.

§. 422. a.

Von den Verbindlichkeiten, welche aus der negotiorum gestione entstehen.

- 1) Verbindlichkeiten des Geschäftsführers. Welche culpam prästirt der N. Gestor.

Wir haben nun die Erfordernisse dieses Quasi-Contracts der negotiorum gestionis kennen gelernt, und kommen jetzt auf die gegenseitigen Verbindlichkeiten selbst, welche aus der negotiorum gestione entstehen. Diese bestehen nun

I) auf Seiten des Geschäftsführers darin,

1) daß er das übernommene Geschäft mit dem gehörigen Fleiße besorge. Da der Fleiß, so wie die aus
dessen

51) L. 74. §. 2. D. de iudiciis. schmid cit. Diss. pag. 57. not. b.

52) L. 45. §. 2. D. h. t.

53) L. 10. §. 1. D. h. t.

dessen Unterlassung entspringende Culpa, ihre Grade hat; (§. 322.) so entsteht die Frage, welchen Grad des Fleißes der Geschäftsführer anwenden müsse, den höchsten, mittleren, oder niedrigsten? und für welchen Grad der Nachlässigkeit er also zu haften schuldig sey? für ein großes, oder mäßiges, oder auch für ein ganz geringes Versehen? Diese Frage ist von jeher unter den Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen. Es giebt vorzüglich zwey Meinungen. Die eine Parthey behauptet, der negotiorum gestor brauche nur den gewöhnlichen Fleiß anzuwenden, den jeder ordentliche Mensch zu beobachten pflegt; er sey also nur verbunden, culpam levem zu prästiren. Man nimmt jedoch zwey Fälle aus, nämlich a) wenn der Geschäftsführer sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, der mit größerem Fleiße und Vorsicht das Geschäft betrieben haben würde; und b) wenn das übernommene Geschäft ein solches ist, das seiner Natur nach den höchsten Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit erfordert. Dieses war schon die Meinung der Glossen⁵⁴⁾, welcher die alten italienischen Rechtsgelehrten, Albericus de ROSATE, Cynus, Bartolus, Baldus, Bartholomäus Salicetus, Paulus Castrensis, und selbst Alciatus⁵⁵⁾ einstimmig folgten. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben dieser Meinung vorzüglich die beyden Faber, Anton⁵⁶⁾ und Peter⁵⁷⁾. Georg Franzkius⁵⁸⁾, Lauterbach⁵⁹⁾, Con-

54) ad L. 3. §. 9. ad L. 12. §. 9. h. t. und ad L. 20. C. eod.

55) Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 226. h. t.

56) Rational. ad L. 11. D. h. t.

57) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

58) Exercitat. XI. Qu. 7.

59) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16—19.

Conrad Rittershusen⁶⁰⁾, Delrio⁶¹⁾ und Marci lius⁶²⁾; unter den neuesten aber Mencken⁶³⁾, Schnei der⁶⁴⁾, Schmid⁶⁵⁾, und Höpfner⁶⁶⁾ zu vertheidigen gesucht. Andere hingegen glauben, daß der negotiorum gestor der Regel nach verbunden sey, den höchsten Grad des Flei ßes zu beobachten. Er müsse daher für allen Schaden haften, der auch nur durch das geringste Versehen wäre verursacht worden. Diese Meinung vertheidigte zuerst C. j. a. z⁶⁷⁾, und unter seinen Anhängern zählen wir die meisten und berühm testen Rechtsgelehrten, unter denen Johann Boet⁶⁸⁾, Jacob Gothofredus⁶⁹⁾, Bultejus⁷⁰⁾, Gerhard Noodt⁷¹⁾, de OROZ⁷²⁾, Bachov⁷³⁾, Anton Schul

3 2

ting

60) Commentar. in L. 23. D. de Reg. iur. (*Argentor.* 1616. 4.)

Cap. 12. pag. 170 — 174.

61) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 24.

62) Not. ad Institut. Tit. de obligat. quae quasi ex contr. §. 1.

63) Diss. levem culpam a negotiorum gestore ordinarie prae-stari. *Helmstad.* 1760.

64) Comment. de negotiorum gestore ordinarie ad culpam levem obligato. *Cahlae* 1780.

65) cit. Diss. pag. 29 — 50.

66) Commentar über die Institutionen §. 937.

67) ad PAULI recept. Sentent. Lib. I. Tit. 4. Idem in Comm. ad L. 23. D. de Reg. iur. und in *Africano* Tr. V. ad L. 108. §. 12. D. de legat. I.

68) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 4.

69) Comment. ad L. 23. D. de Reg. iur. §. 8. pag. 138.

70) Discept. scholast. cap. 15.

71) Comment. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 99.

72) de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 16. et 17.

73) Comm. in prim. Part. Pandectar. h. t. Cap. V. nr. 7. und ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. X. Th. V. Lit. C. et D.

ting⁷⁴⁾, Wilhelm Prousteau⁷⁵⁾, Johann D'Avezan⁷⁶⁾, Everhard Otto⁷⁷⁾, Janus a Costa⁷⁸⁾, Altamiranus⁷⁹⁾, Wissenbach⁸⁰⁾, Conti⁸¹⁾, Schilter⁸²⁾, Struv⁸³⁾, Peter Müller⁸⁴⁾, Ulrich Huber⁸⁵⁾, Christfried Wächter⁸⁶⁾ und Majansius⁸⁷⁾, besonders angeführt zu werden verdienen.

Beide Parthenen haben für ihre Meinung so wichtige Gründe, daß es wirklich schwer ist, zu bestimmen, für welche man sich eigentlich erklären soll. Unser Verf. nimmt die erstere Meinung an, mir scheint aber doch die letztere sowohl

den

74) Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 6.

75) Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 17.
(Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 513.)

76) Contractuum Lib. I. cap. 34. §. 2. (Tom. IV. *Th. Meerm.* pag. 63.)

77) Comment. ad §. 1. I. de obligat. quasi ex contr.

78) Commentar. ad §. 1. I. eod. tit.

79) Comment. in libros quaestion. Cervid. Scaevolae Lib. I. ad L. 9. D. h. t. §. 1. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 375.)

80) Disputat. iuris civ. Nr. XXXIX. §. 6. und in Comment. in libros VII. prior. Cod. h. t. §. 3.

81) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

82) Praxis iur. Rom. Exercit. X. §. 67. et 68.

83) Syntagm. iur. civ. Ex. VII. Th. 50.

84) ad *Struvium* cit. loc. not. β.

85) Eunomia Rom. pag. 154.

86) Ad *Ulpiani* L. 5. §. 2. D. Commod. et L. 23. D. de R. I. sive de gradibus culpa in contractibus. *Vitemb.* 1680. Cap. XI.

87) Commentar. ad XXX. Ictor. fragmenta Tom. I. pag. 375.

den allgemeinen Regeln in Absicht des zu beobachtenden Fleißes, als auch den Gesetzen gemäßer zu seyn. Denn

1) wollen überhaupt die Gesetze, daß man bey der Verwaltung fremder Geschäfte, die man nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit, wie z. B. eine Vormundschaft, sondern freywillig übernommen hat, für eine jede, auch die geringste Nachlässigkeit verantwortlich seyn solle. *Aliena negotia, sagt Constantin⁸⁸⁾, exacto officio gerenda; nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, culpa vacuum est.* Daher muß der Mandatar nach ausdrücklichen Gesetzen⁸⁹⁾ für das kleinste Versehen haften. Wie wird nun also der negotiorum gestor, der ohne Auftrag und Beruf, und gewissermaßen aus Zudringlichkeit handelt, von dieser Verbindlichkeit sich befreien können? wenn man zumal erwägt, daß die negotiorum gestio überhaupt nach der Analogie des mandati rechtlich gebildet worden ist. Hierzu kommt,

2) daß auch bey andern Contracten, wo sonst gewöhnlich nur der mittlere Grad des Fleißes oder gar noch ein geringerer beobachtet wird, eine Verbindlichkeit zur culpa levissima alsdann eintritt, wenn das Geschäft an sich lästig ist, und man sich dennoch freywillig dazu erbotten hat. Dies ist der Fall bey Vormündern⁹⁰⁾, ferner bey Depositaren⁹¹⁾. Was thut nun derjenige anders, der sich eines Andern Geschäften ohne Auftrag unterzieht, als daß er sich ungebeten

3 3

zum

88) *L. 21. Cod. mandati.*

89) *L. 13. Cod. eodem. Hieron. de oroz de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 18.*

90) *L. 53. §. 3. D. de furt.*

91) *L. 1. §. 35. D. depositi.*

zum Besorger fremder Geschäfte aufwirft? Ein bündiges Argument für diese Meinung läßt sich ferner

3) daher nehmen, daß die Gesetze sagen, der negotiorum gestor solle zwar culpam, aber nicht casum prästiren⁹²⁾. Soll er also nur für keine Unglücksfälle haften dürfen, so wird er übrigens wohl ganz natürlich für ein jedes Versehen verantwortlich seyn. Ja es fehlt auch endlich

4) nicht an deutlichen Gesetzen, welche den negotiorum gestor zu allem möglichem Fleiße verbinden. Hierher gehört zuerst die L. 23. D. de Reg. iur. Es werden darin eine Menge Contracte angeführt, qui dolum et culpam recipiunt, nämlich mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, idem dotis datio, tutela, nun heißt es: NEGOTIA GESTA, in his quidem et diligentiam. Daß hier der Ausdruck *diligentia* den höchsten Grad von Fleiß bezeichnen soll, ist außer Zweifel. Es ergiebt sich dieser Sprachgebrauch nicht nur aus andern Gesetzen⁹³⁾, sondern es kann auch insonderheit in unserm Gesetz darum keine andere Erklärung angenommen werden, weil die *diligentia* hier der *culpae* entgegengesetzt wird, welches Wort gewöhnlich den mittleren Grad der Nachlässigkeit, oder die culpam levem, in der gesetzlichen Sprache bezeichnet.

Es

92) L. 32. pr. L. 37. §. 1. D. h. t. Es behauptet zwar WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi §. 7. daß die angeführten Gesetze von dem Falle müßten verstanden werden, da man sich einem andern Fleißigeren und Sorgsamern vorgebrungen habe. Allein daß dieses nicht immer der Fall ist, wird bey der Widerlegung der gegenseitigen Gründe gezeigt werden.

93) L. 47. §. 5. D. de Legatis I. L. 5. §. 2. D. Commodati.

Es soll also der Ausdruck *diligentia* hier offenbar einen höhern Grad des Fleißes anzeigen, als derjenige ist, aus dessen Unterlassung eine *culpa levis* entspringt. Nun sind zwar die Rechtsgelehrten über die Lesart der Worte: *in his quidem et diligentiam*, noch nicht einig, indem verschiedene ⁹⁴⁾ statt *quidem* vielmehr *quidam* lesen wollen; ich glaube aber mich auf diese Kritik hier um so weniger einzulassen zu dürfen, nachdem schon Püttmann ⁹⁵⁾ die Richtigkeit jener Lesart ausser allen Zweifel gesetzt, und aus überzeugenden Gründen dargethan hat, daß diese Worte: *in his quidem etc.* sich unmittelbar auf die *negotia gesta* beziehen, und soviel sagen wollen: *et in negotiis quidem gestis et diligentiam* scil. *summam exigimus*. Ein sehr entscheidender Text ist ferner die L. 24. Cod. de usuris, wo es ausdrücklich heißt: *Si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit; cum omnem diligentiam praestare debeat: usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.* Es ist besonders merkwürdig, daß hier sogar der Mutter die Beobachtung des höchsten Fleißes zur Pflicht gemacht wird, wenn sie die Geschäfte ihrer Kinder führt, wie vielmehr ist dieses nicht von jedem andern *negotiorum* gestore zu behaupten? Man wendet zwar dagegen ein, daß keine Nothwendigkeit vorhanden sey, die Worte: *omnem diligentiam* gerade von dem höchsten Grad des Fleißes zu verstehen, weil aller Wahrscheinlichkeit nach die Mutter, als Vormünderin, die

- 94) PROUSTEAU in Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 23. (in Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 533.) und besonders Bern. Henr. REINOLDUS in Diss. ad L. 23. D. de Reg. iur. (in EUS *Opuscul. iurid.* a IUGLERO edit. pag. 303. sqq.)
 95) Probabil. iuris. civ. Lib. I. Cap. 9. pag. 70. sqq.

Geschäfte ihrer Kinder besorgt habe; das Gesetz sey folglich der Natur der Sache nach nur von dem gewöhnlichen Fleiße zu verstehen, den Vormünder anzuwenden schuldig sind. Allein gerade die Worte: *maior constituta annis*, worauf man diese Erklärung gründet, lehren uns das Gegentheil. Denn hätte die Mutter, als Vormünderin, die Geschäfte ihrer Kinder verwaltet, so verstand sich's ja von selbst, daß sie volljährig seyn mußte, weil keine minderjährige Mutter zur Uebernehmung der Vormundschaft über ihre Kinder fähig ist⁹⁶⁾. Dahingegen war die Voraussetzung, daß die Mutter die Volljährigkeit bereits erreicht haben müsse, in dem Falle schlechterdings nothwendig, da sie als Geschäftsführerin ihrer Kinder für die Zinsen der verwalteten Gelder derselben haften sollte, weil sie sonst, als minderjährige, aus der übernommenen Geschäftsführung nur insofern verbindlich geworden wäre, als sie sich dadurch bereichert hat. Unter die vorzüglichsten Beweisstellen gehört endlich noch die L. 25. §. 16. D. *familiae erciscundae*, welche folgendermaßen lautet: *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias; quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi; et ideo negotiorum gestorum actio ei non competit.* Es wird hier die Frage entschieden, für welche culpam ein Miterbe haften müsse, wenn er ohne Auftrag des andern Miterben die gemeinschaftliche Erbschaft verwaltet hat? Man könnte glauben, sagt das Gesetz, daß er, wie ein negotiorum gestor, zu den höchsten Grad des Fleißes

96) L. 2. Cod. *quando mulier officio tut. fungi pot.*

Fleißes verbunden sey. Allein es ist ein großer Unterschied zwischen dem Miterben und einem negotiorum gestor. Denn erster hatte wegen seines Antheils, der ihm an der Erbschaft zukommt, doch eine rechtmäßige Ursache, die gemeinschaftliche Erbschaft zu verwalten; letzter hingegen hatte gar keinen Beruf, sich in fremde Geschäfte zu mischen. Daher braucht der Miterbe nur diejenige Sorgfalt zu beobachten, welche er gewöhnlich auf seine eigenen Sachen zu verwenden pflegt, ein negotiorum gestor hingegen muß *diligentiam praestare, qualem diligens paterfamilias*, welches nach der hier angestellten Vergleichung den höchsten Grad des Fleißes ausdrücken soll⁹⁷⁾. Prüfen wir nun noch mit wenigem die Gründe der gegenseitigen Meinung, so werden diese, statt jene erstere Meinung zu entkräften, vielleicht noch manche Stütze zur mehreren Begründung derselben darbieten. Man sagt nämlich,

1) der negotiorum gestor ziehe gar keinen Vortheil aus der Besorgung des fremden Geschäfts. Er sollte also nach der Analogie der L. 5. §. 2. D. commod. billig nur culpam latam leisten. Es sey also schon singular, daß er culpam levem prästiren müsse. Allein dieser Grund widerlegt sich von selbst. Denn indem die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung den Geschäftsführer dennoch zur Prästation einer culpae levis verpflichten, da er doch nach der L. 5. cit. nur für culpam latam haften dürfte, so geben sie ja selbst zu, daß die Analogie der angeführten L. 5. hier keine Statt finde. Es ist überdem bekannt genug, daß die

3 5

Gesetze

97) Man sehe NOODT Comment. ad Pandect. Lib. X. Tit. 2. (*Operum* Tom. II. pag. 241.) und SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 68.

Gesetze nur bey denjenigen Contracten, bey welchen eine Sache den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, den Grad der zu vertretenden Nachlässigkeit nach dem Nutzen abmessen, den ein oder der andere Theil aus dem Contract ziehet, nicht aber in den Fällen, wo die Rede von der Leistung eines Factums ist; oder wo sich Jemand zu einem Geschäft erboten hat, welches an sich lästig ist, weil er für sich davon keinen Vortheil hat⁹⁸⁾. Man beruft sich

2) auf die L. 11. D. h. t. wo Pomponius schreibt: *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes*. Das Wort culpa aber bedeute, wo es schlechtweg steht, gewöhnlich culpam levem. Allein daß hier die culpa mit allen ihren Graden, und darunter folglich auch die geringste Nachlässigkeit zu verstehen sey, erhellet daraus, weil sie Pomponius dem bloßen Zufall entgegensetzt. Denn gleich nachher sagt er: *Sed PROCULUS, interdum etiam casum praestare debere*. Nun konnte ja die Frage, inwiefern der negot. gestor auch den casum prästiren müsse, nicht entstehen, ohne voraus zu setzen, daß derselbe zur praestatio cul-pae levissimae der Regel nach verbunden sey⁹⁹⁾. Daß überdem auch in mehreren Stellen unserer Gesetze¹⁰⁰⁾ das Wort culpa, wenn es schlechthin gesetzt ist, das geringste Versehen bedeute, hat schon Abraham Bieling¹⁾ bemerkt. Vorzüglich stützt man sich jedoch

3) auf

98) *Frid. Gottl. ZOLLER* Diss. de eo, quod iustum est circa praestationem cul-pae. *Lipsiae* 1773. §. 4. et 5.

99) *G. HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3035. Not. k.

100) *L. 16. D. de condict. furt. L. 8. §. 3. D. de precario*.

1) *Lecton. iur. civ. Lib. I. cap. 7. pag. 25.*

3) auf die L. 20. Cod. de negot. gest. wo ausdrücklich gesagt wird, daß derjenige, welcher freywillig eines Andern Geschäft übernimmt, nicht nur *dolum* und *culpam latam*, sondern auch *levem* prästiren müsse. Da hier von der *culpa levissima* nichts erwähnt wird, so glaubt man, daß der *negotiorum gestor* auch der Regel nach zu deren Vertretung nicht verbunden sey. Es ist dieses unstreitig eins der stärksten Argumente für die gegenseitige Meinung. Man darf indessen nicht außer Acht lassen, daß dieses Gesetz zu den Rescripten gehört, worin die röm. Kaiser einzelne ihnen vorgetragene Rechtsfälle entschieden. Da uns die näheren Umstände derselben meistens unbekannt sind, so müssen solche Gesetze nach der Analogie bestimmterer Rechtsfälle um so mehr erklärt werden, je weniger es die Absicht der röm. Kaiser war, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden ²⁾. Dieses nun auf unser Gesetz angewandt, so war wohl eigentlich die Anfrage der *Octaviana*, an welche dieses Rescript erlassen worden ist, nicht zunächst darauf gerichtet, was für eine *culpam* der Geschäftsführer zu prästiren habe, wie *Roedt* ³⁾ und *Prousteau* ⁴⁾ behaupten wollen; sondern die Frage scheint eigentlich die gewesen zu seyn: ob derjenige, welcher sich ungerufen in die Geschäfte einer unmündigen Person gemischt hat, eben so, wie ein bestellter Vormund, auch für diejenigen Geschäfte verantwortlich sey, die er nicht besorgt hat? Kann man es also einem solchen *negotiorum gestor*

2) FÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108. ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. cap. 5. §. 221.

3) Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 22.

4) Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 99.

gestor zur Last legen, daß er sich nur dem einem Geschäft unterzogen habe, dem andern aber nicht? Das Gesetz sagt, Nein, weil ein großer Unterschied sey zwischen einem Vormund, und einem freywilligen Geschäftsführer; indem jener aus Amtspflicht die Geschäfte seines Pflegbefohlenen besorgt, letzterer hingegen aus eigenem Willen. Bey diesem muß man also zufrieden seyn, wenn er durch das Geschäft, was er aus Freundschaft unternommen, den Nutzen des Eigenthümers nur einigermaßen befördert hat. Dahingegen versteht es sich freylich von selbst, daß ein negotiorum gestor nichts unterlassen dürfe, was zu dem unternommenen Geschäft gehört. Wenn also derjenige, welcher, ohne ein ordentlich bestellter Vormund zu seyn, für einen Unmündigen Gelder in Empfang genommen hat, so muß er auch für die Zinsen haften, wenn er gleich keine erhalten hätte. Die Einrede, daß er deshalb weder in dolo sey, noch auch ein grobes Versehen ihm zur Last falle, kann ihn gegen diese Verbindlichkeit nicht schützen, weil es zu den Pflichten eines jeden guten Wirths gehört, daß man das Geld nicht müßig liegen läßt, was man sicher ausleihen kann. Nun aber muß ein negotiorum gestor nicht bloß dolum und culpam latam sondern auch levem prästiren ⁵⁾. Nach dieser Darstellung des in dem Gesetz entschiedenen Rechtsfalles war also gar keine Frage davon, ob der negotiorum gestor auch für ein ganz geringes Versehen haften müsse? es kann daher auch unserer Meinung nicht entgegen stehen. Man könnte aber auch mit C o c c e j i ⁶⁾ sagen, daß in dem Falle der L. 20. C. h. t. der negotiorum gestor darum nur pro culpa levi habe

5) WAECHTER Diss. de gradibus culpae in contractibus. Cap. XI. §. 68.

6) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 7.

habe haften dürfen, weil er die Geschäfte eines Pupillen, als Protutor, besorget hatte; denn wer als protutor die Geschäfte eines Pupillen gerirt, leistet nur, wie ein anderer Vormund, *culpam levem* 7). Endlich meint man

4) noch ein vorzügliches Argument in dem §. 1. I. de obligationibus, quae quasi ex contr. zu finden, wo Justinian ausdrücklich sage, daß der negotiorum gestor nur dann zur exactissima diligentia verbunden sey, *si non alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia*. Hierdurch werde also die Ausnahme ausser Zweifel gesetzt, daß nämlich der negotiorum gestor nur dann, wenn er sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, *culpam levissimam* prästiren müsse. Allein ich befürchte, man habe sich hier durch des Theophilus griechische Paraphrase irre führen lassen. Lieset man die Stelle Justinians in ihrem ganzen Zusammenhange, so bestärkt sie vielmehr unsere Meinung, als daß sie derselben entgegen stehen sollte. Justinian sagt, der Geschäftsführer sey verbunden, von seiner Verwaltung Rechenschaft zu geben; und zwar müsse er bey Ablegung seiner Rechnung darthun, daß er den allergrößten Fleiß angewandt habe. Es sey noch nicht genug, wenn er zeigt, daß er soviel Fleiß angewandt habe, als er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. Denn das ist freylich nicht immer der höchste Grad des Fleißes, den man in seinen eigenen Sachen anwendet. Nein! erst alsdann habe der negotiorum gestor seiner Pflicht ein Genüge geleistet, wenn er das fremde Geschäft mit einer solchen Sorgfalt gerirt hat, daß kein Anderer es mit mehrerem Fleiß besorgt haben

16

wür-

7) L. 4. D. de eo, qui pro tutore.

würde. Dieses glaube ich, ist der wahre Sinn der Worte: *Si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*, welche also keinesweges so zu verstehen sind, als ob wirklich ein noch fleißigerer Mann dagewesen seyn müsse, dem sich der negotiorum gestor vorgebrungen hat; Nein! sondern sie geben vielmehr eine Beschreibung der diligentiae exactissimae, welche, wie C r e l l ⁸⁾ sehr richtig bemerkt hat, darnach beurtheilt werden soll, was ein anderer fleißigerer Mann würde geleistet haben. Eine Beschreibung, die in den Gesetzen sehr gewöhnlich ist ⁹⁾. Denn fast mit den nämlichen Worten wird auch in dem §. 2. I. quib. mod. re contrah. obligatio, und der L. 1. §. 4. D. de obligat. et action. dem Commodatar die praestatio culpaе levissimae auferlegt, da doch dieser, wie die L. 18. D. commodati lehrt, nicht bloß unter der Bedingung die möglichste Sorgfalt anzuwenden verbunden ist, wenn er einen andern Fleißigeren ausgeschlossen hat. Dies sey genug zur Widerlegung der entgegengesetzten Meinung, und ich bemerke nur noch, daß unsere Meinung nach Schilters ¹⁰⁾ und Müllers ¹¹⁾ Zeugniß auch in der Praxis angenommen sey ¹²⁾.

Bis:

8) Diss. Omnem culpam in negotiorum gestorum iudicio praestari. *Vitemb.* 1733. §. 5. pag. 18. Man vergleiche auch *Christ. Gottl. EINERT* Disput. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam praestandam obligatione, praes. *Aug. Frid. SCHOTT* def. *Lipsiae* 1767. §. 5. der Gebr. *Overbach* Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band Medit. 98. und *WALCH* Introduct. in controuv. iur. civ. Sect. III. cap. 6. §. 4.

9) L. 6. §. ult. D. h. t. L. 18. D. eodem.

10) Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 67.

11) ad *Struvingium* Exerc. VII. Th. 50. not. β.

12) Sie ist auch dem Allgem. Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 13. Tit. §. 245. gemäß.

Bisweilen muß jedoch der N. G. noch mehr als *culpa levissimam*, nämlich auch sogar *casum praestitum*. Dabin gehört,

1) wenn er für den Abwesenden ein Geschäft unternommen hat, welches mit vieler Gefahr verbunden ist, so daß der Eigenthümer solches nicht leicht selbst gewagt haben würde. Z. E. ich kaufe mit des Titius' Geldе ohne desselben Auftrag eine Ruxe von einer Gewerkschaft, oder ich setze sein Geld in die Lotterie. Hier gehört zwar der Gewinn dem Abwesenden, allein den Verlust muß ich tragen¹³⁾.

2) Wenn er das Geschäft gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers übernommen hat, und der Unglücksfall ohne seine Einmischung nicht entstanden seyn würde¹⁴⁾.

3) Wenn er sich bloß um seines eigenen Vortheils willen in die Geschäfte des Abwesenden gemischt hat¹⁵⁾.

4) Wenn er die Unglücksfälle durch einen besondern Vertrag übernommen hat. L. 22. C. h. t. sagt: *Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur*. Man glaubt

13) L. 11. D. h. t.

14) L. 8. §. 3. D. h. t. wo es heißt: *ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte aliquid damni sentiat*. Man sehe auch LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LV. medit. 5. et 6.

15) L. 6. §. 3. D. h. t. L. 32. D. eod. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. lit. E. Ueberhaupt giebt VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. die Regel, daß der negotiorum gestor in allen den Fällen den casum prästiren müsse, *quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quatenus is locupletior factus est*.

glaubt zwar, ein solches pactum sey der Natur einer negotiorum gestionis zuwider, und hat daher, theils durch critische Verbesserung des Textes, theils durch mancherley Erklärungen die Schwierigkeit zu heben gesucht, welche in diesem Gesetz liegen soll¹⁶⁾. Allein das Räthsel ist leicht auf-
ge-

- 16) *Corn. van BYNCKERSHOECK* Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 7. meint, man müsse *interveniente speciali facto* lesen; und dieser Emendation geben auch *Ger. NOODT* in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 100. und *Bern. Henr. REINOLD* in Opuscul. iurid. a *Iuglero* edit. pag. 337. Beyfall. Andere glauben, daß das Gesetz nicht sowohl von den negotiorum gestoribus allein, sondern vielmehr von allen, die ein fremdes Geschäft übernehmen, und also auch von Bevollmächtigten rede, bey welchen sich der Fall wohl denken lasse, daß sie sich per pactum adiectum verbindlich machen, für die Unglücksfälle zu stehen. So *VOET* in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *SCHULTING* in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. *LEYSER* Medit. ad Pand. Specim. LV. med. 1. *POTHIER* in Pandect. Justin. h. t. Not. n. und *Höpfner* im Commentar über die Institutionen §. 937. Not. 4. Allein beyde Meinungen widerlegt *Carl Adolph v. Braun* über die L. 22. Cod. de negot. gest. in *Siebenkees* neuem jurist. Magazin. 1. Band (Anspach 1784.) Nr. VIII. S. 266. ff. Noch eine andere Erklärung hat *H. G. van VRYHOF* in Obs. iur. civ. Cap. 16. Dieser sagt, man müsse die Worte: *non interveniente speciali pacto*, nicht so verstehen, wenn kein besonderer Vertrag wegen der Uebernehmung der Unglücksfälle errichtet worden; sondern der Sinn des Gesetzes sey vielmehr dieser: Der *negotiorum gestor* hafte darum für keine Unglücksfälle, weil bey der *negotiorum gestione* kein besonderer Vertrag errichtet wird; da dieselbe ohne Wissen des Eigenthümers und ohne Auftrag geschieht. Der *negotiorum gestor* könne sich also auch nicht zur Uebernehmung der Unglücks-

gelöst, wenn man das Gesetz nur nicht von einem solchen Vertrage versteht, den der Eigenthümer selbst mit dem Geschäftsführer geschlossen hat; sondern von einem *pacto speciali tertii cum gestore*. Z. B. ich trage Jemandem die Besorgung eines fremden Geschäfts auf, welches die Güter des abwesenden Titius betrifft, und da mir an der sorgfältigen Verwaltung dieser Güter ganz vorzüglich gelegen ist, so lasse ich mir von dem Mandatarius versprechen, daß er auch für die Unglücksfälle stehen müsse. Da dieser Bevollmächtigte in Ansehung des abwesenden Titius unstreitig ein *negotiorum gestor* ist, so läßt sich auf diese Art das *pactum*, wovon das Gesetz redet, mit der Natur der *negotiorum gestionis* ganz wohl vereinigen¹⁷⁾.

Nun

glücksfälle verbindlich machen. Allein wenn gleich FÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 107. und HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. not. p. pag. 367. dieser Erklärung beypflichten, so verdient sie doch darum keinen Beyfall, wenn sie theils gekünstelt und höchst unnatürlich ist, theils den Worten einen Sinn beylegt, die den Satz *non interveniente speciali pacto* offenbar unnütz und überflüssig machen, theils weil ihr die *Basilica* Tom. II. pag. 338. entgegen sind, welche die angeführten Worte auch als eine Bedingung oder Ausnahme von der Regel erklären. Denn da heißt es ausdrücklich: *ἔι μὴ ἰδίον περὶ τούτων γένηται σύμφωνον*; d. i. *si non speciale super his factum sit pactum*.

17) Man sehe vorzüglich *Corn. Ant. van WACHENDORE Specim. iurid. exhibens observationes ad leges quasdam ex iure civ. Trajecti ad Rhen. 1756. Cap. 2. (in Ger. OELRICHS Thesaur. nov. Dissertat. Belgicar. Vol. II. Tom. II. pag. 166. seqq.)*

Nun giebt es aber auch Fälle, wo bey der negotiorum gestione nur culpa lata prästirt wird. Dahin gehört,

1) Wenn sich Jemand in einem dringenden Nothfalle, z. B. bey einer Feuergefähr, oder bey einer bevorstehenden Subhastation, den Geschäften seines abwesenden Freundes unterzog, um ihm sein Vermögen zu retten, oder sonst einen Schaden abzuwenden, welcher ohne des gestoris Theilnehmung unvermeidlich gewesen wäre¹⁸⁾. Hier braucht der Geschäftsführer nur für den Dolus, wie Labeo sagt, oder welches demselben gleichgeachtet wird, für ein grobes Versehen zu haften, und das ist billig.

2) Auch die Erben eines verstorbenen negotiorum gestoris leisten nur dolum und culpam latam, wenn sie bloß das von ihrem Erblasser bereits unternommene Geschäft zu Ende bringen¹⁹⁾.

Es ist jedoch der Billigkeit gemäß, daß in allen solchen Fällen, wo bey der negotiorum gestione von Vertretung einer Nachlässigkeit oder auch eines casus fortuiti die Rede ist, der Vortheil und Gewinn, welchen der negotiorum gestor gemacht hat, von dem verursachten Schaden und erlittenen Verlust abgerechnet werde²⁰⁾.

§. 422. b.

18) *L. 3. §. 9. D. h. t.*

19) *L. 17. Cod. h. t.* Unrichtig behauptet die Glosse *ad. h. L.* daß der Erbe culpam levem leisten müsse. Allein diesen Irrthum widerlegt SCHMID cit. Diss. ad h. Tit. pag. 27. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. lit. D. pag. 365.

20) *L. 11. in fin. D. h. t.* Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum: absens pensare lucrum cum damno debet.

§. 422. b.

In wiefern ist der N. G. für das, was er unterlassen hat, verantwortlich?

Zu dem möglichsten Fleiße, wozu ein N. G. der Regel nach verpflichtet ist, gehört auch, daß er bey dem übernommenen Geschäft nichts unterlasse, was mit demselben einen Zusammenhang hat ²¹⁾. Z. B. er hat die Administration eines Landguts übernommen, und einige Stücke ohne Grund ungebauet liegen gelassen, oder er hat Gelder für den Eigenthümer erhoben, und solche müßig liegen gelassen. In beyden Fällen ist der Geschäftsführer für den Schaden verantwortlich ²²⁾. Wenn hingegen die Geschäfte, welche der N. G. unterlassen hat, mit den übernommenen nicht conner sind, so haftet er dafür in der Regel nicht, außer in sofern ihm hierbey eine Culpa bemessen werden kann ²³⁾. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein anderer ehrlicher und fleißiger Mann alle Geschäfte des Abwesenden sorgen wollte, dieser aber von dem gestore hieran verhindert wurde. Hier kann der Eigenthümer mit Recht die Vertretung dessen, was der Geschäftsführer unterlassen hat, von ihm fordern, wenn es auch mit dem, was er gethan, keinen unmittelbaren Zusammenhang hat ²⁴⁾. Wenn hingen

Na 2

gen

21) *L. 6. §. 12. D. h. t. L. 55. §. 3. D. de administr. et peric. tutor.* G. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. h. t. nr. XLI. sqq. SCHMID cit. Diss. pag. 97. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 938.

22) *L. 19. §. 4. L. 31. §. 3. D. h. t.*

23) *L. 20. C. h. t.*

24) *L. 6. §. 12. D. h. t.* Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non; *contemplatione tamen*

gen der Geschäftsführer einige Schuldner des Abwesenden gerichtlich zu belangen unterließ, so kann ihm hierin eigentlich nichts zur Last gelegt werden, weil er aus Mangel einer Vollmacht gegen sie nicht klagen konnte²⁵⁾; wofern nicht etwa der Geschäftsführer mit dem Eigenthümer in einem solchen Verhältniß steht, daß er sich auf eine vermuthliche Vollmacht berufen konnte, und ihm auch leicht möglich war, die deshalb erforderliche *cautionem de rato* zu leisten²⁶⁾. Hat ein Schuldner sich den Geschäften seines Gläubigers unterzogen, so ist es Pflicht desselben, zuerst an die Bezahlung seiner eigenen Schuld zu denken, wenn nämlich deren Zahlungstermin zu der Zeit schon verstrichen ist²⁷⁾. Denn
hat

tamen eius alius ad haec non accessit; et, si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit: an dici debeat, negotiorum gestorum eum teneri et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius.

25) *L. 20. C. h. t. De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta, (i. e. quae ad te pertinebant iure, et ab aliis detinebantur. S. POTHIER c. l. not. e.) exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum (i. e. propter exceptionem deficientis mandati, qua summotus fuisset N. G.) facultatem habere potuit, exigi non potest.*

26) *L. 8. pr. D. h. t. Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur: posse ei imputari, cur oblata de rato cautione, eum (scil. debitorem eius, cuius negotia gerebat) non convenit: si modo facile ei fuerit satisfacere. Ohne Grund hält. Ant. FABER in Rational ad h. L. diese ganze Stelle für einen Tribonianismus.*

27) *L. 6. §. 12. D. h. t. Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. Quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenit; quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem.*

hat er diese seine eigene Schuld nicht vor allen Dingen in die Rechnung seines Gläubigers gebracht, und das Geld zum Nutzen desselben wieder ausgeliehen; so muß er von dem Tage an dem Gläubiger die Zinsen vergüten, welche derselbe von einem andern Schuldner hätte erhalten können ²⁸⁾. War also das Geld dem Schuldner vielleicht unverzinslich dargeliehen worden, so fängt die Schuld nun an, eine verzinsliche zu werden ²⁹⁾. Ja es wird durch die negotiorum gestionem des Schuldners die vorige Schuldklage dergestalt in eine actionem negotiorum gestorum verwandelt, daß wenn etwa der Schuldner nur ex causa temporali verbindlich war, und die Schuldklage während der Geschäftsführung durch Ablauf der Zeit erloschen seyn sollte, der Schuldner dennoch nun immer noch mit der actione negotiorum gestorum belangt werden kann; und diese Klage findet auch sogar gegen die Erben des Schuldners in einem solchen Falle Statt, wo sonst der Erbe aus der Hand-

Aa 3

lung

nem intendere potuit; tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur.

28) *L. 38. D. h. t.* Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui negotia gessit. Quaesitum est, an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat? Dixi; si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras. Quodsi dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat; usuras non debiturum: sed, die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cuius negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum.

29) *L. 6. §. 12. D. h. t.* Et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium: ut *Divus Pius Flavio Longino* rescripsit; nisi forte, inquit, usuras ei remiserat.

lung seines Erblassers nicht verbindlich gewesen wäre³⁰⁾. Eine Ausnahme machen jedoch die Gesetze in dem Falle, wenn der Eigenthümer des Geschäfts gegen den Geschäftsführer, als Schuldner betrachtet, anders nicht hätte klagen können, als wenn er diesem zuvor etwas ersetzte oder zurückgab, was sich der Schuldner durch die negotiorum gestionem nicht selbst verschaffen konnte³¹⁾. Z. B. ich habe dir ein fehlerhaftes Stück Vieh verkauft, weshalb du actione redhibitoria gegen mich klagen kannst. Nachher unterziehe ich mich bey einer gewissen Gelegenheit deinen Geschäften. In diesem Falle ist nach Verlauf von sechs Monaten die redhibitorische Klage erloschen, wenn ich durch die Geschäftsführung nicht im Stande war, mir selbst das verkaufte Stück Vieh wieder zu verschaffen, welches mir der Käufer erst zurückgeben mußte, wenn die redhibitorische Klage wider mich hätte Statt finden sollen. Daher geht diese Klage nicht in die actionem negotiorum gestorum über,

Hat

30) *L. 8. pr. D. h. t.* Et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est: nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut MARCELLUS scribit. Man vergleiche auch *L. 13. D. de tut. et ration. distrak.*

31) *L. 35. §. 2. D. h. t.* Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit; vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum, (non ex re emtoris) nec invenit, nec recepisset; nec esset in ipsis emtoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet.

Hat im Gegentheil der Gläubiger die Geschäfte seines Schuldners übernommen, und aus dem Verkauf gewisser Sachen desselben Geld gelöst, so ist er ebenfalls dafür verantwortlich, wenn er solches nicht zum Vortheil des Schuldners durch Tilgung seiner Schulden verwendet hat. Paulus³²⁾ hat hiervon folgenden Rechtsfall. Ein Schuldner war seinem Gläubiger 50000 Sesterzien schuldig. Er starb, und der Gläubiger übernahm, in Ermangelung eines gegenwärtigen Erben, die Verwaltung seines Nachlasses. Er machte dabei 10000 Sesterzien Vorschuß, und nahm hierauf 100000 für verkaufte Erbschaftsgüter ein. Diese Gelder hob er zwar sorgfältig auf, sie gingen aber doch durch einen Unglücksfall verloren. Es fragte sich, ob der nachher bekannt gewordene Erbe dem Gläubiger den Vorschuß und die Schuld zu bezahlen verbunden sey? Paulus sagt, es komme nach Julian's Meinung auf den Umstand an, ob der Gläubiger hinlängliche Ursachen gehabt habe, die eingenommenen 100000 Sesterzien in den Kasten zu legen, oder ob er nicht vielmehr selbige zur Tilgung seiner eigenen und anderer Schuldforderungen hätte verwenden können? In dem ersten Falle sey er außer Schuld, und beides, der Verlust und die Schuld müsse ihm bezahlt werden. Z. E. er ließ das Geld wegen einer besorglichen Confiskation der verkauften Güter liegen. In dem letztern Falle hingegen komme ihm lediglich der Vorschuß zu gut, er müsse also von den verlorenen Ein Hundert noch Neunzig erstatten. Warum hier der Gläubiger nicht auch seine Schuldforderungen abrechnen dürfe, ist unbegreiflich. Er konnte sich ja doch von den eingenommenen Geldern bezahlt machen, und hätte also auf jeden Fall nur 40000 an die übrigen Gläubiger

bezahlen dürfen. Strafe genug für sein Versehen, wenn er diese dem Erben erstatten muß.

§. 423. a.

Uebrigc Verbindlichkeiten des Geschäftsführers.

Eine andere Hauptverbindlichkeit des Geschäftsführers, die sich aus dem vorigen ergibt, besteht

2) darin, daß er das unternommene Geschäft nicht liegen lasse, sondern ganz zu Ende bringe³³⁾. Hat er also z. B. die Vertheidigung seines abwesenden Freundes übernommen, und er hat gegen die gravirliche Sentenz nicht appellirt, da er doch konnte, so verliert er seinen Regreß. Denn er leidet den Schaden durch seine eigene Schuld³⁴⁾. Ja wenn auch der Eigenthümer stirbt, so darf doch der Geschäftsführer dasjenige, was er einmal angefangen hat, nicht liegen lassen, sondern er muß zum Besten der Erben fortfahren, oder er ist sonst zum Schadensersatz verbunden³⁵⁾. Der N. G. ist ferner

3) schuldig, nach geendigtem Geschäft Rechnung abzugeben, Einnahme und Ausgabe richtig zu specificiren, jeden Posten gehörig zu bescheinigen, und den Ueberschuß, welcher nach Abzug der Unkosten und Ausgaben übrig bleibt, mittelst eines Inventariums oder einer eidlichen Specification an den Herrn des Geschäfts und zwar mit Zinsen, herauszuzahlen³⁶⁾. Hätte der Geschäftsführer für den Eigenthümer auch etwas zur Un-

33) *L. 17. §. 3. D. commodati.*

34) *L. 31. §. 2. D. h. t.*

35) *L. 21. §. 2. D. h. t.*

36) §. 1. *I. de obl. quae quasi ex contr. L. 2. D. h. t. L. 31. §. 3. D. eodem.* HOPACKER Princip. iur. civ. Tit. III. §. 3035.

Ungebühr erhoben; z. B. er unternahm für ihn die Vindicatio eines Grundstücks, durch Obreption, und erhielt an Früchten weit mehr, als eigentlich den Rechten nach hätten gefordert werden können; so muß dennoch auch ein solches indebite acceptum an den Eigenthümer abgeliefert werden³⁷⁾; ob er gleich wegen dessen, was er selbst aus Irrthum und ohne Verbindlichkeit für den Eigenthümer bezahlt hat, von diesem keinen Ersatz verlangen kann³⁸⁾. Endlich ist noch

4) zu bemerken, daß wenn der Geschäftsführer für den Eigenthümer Gelder erhoben, und solche in seinen Nutzen eigenmächtig verwendet hat, er selbige mit den höchsten Zinsen zu zwölf Pro:Cent (usurae maximae, s. centesimae ersetzen muß³⁹⁾; und diese Strafe findet nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten⁴⁰⁾ auch noch h. z. L. Statt. Hat er hingegen Gelder unsicher verborgt,

U a 5

so

37) *L. 8. §. 1. D. h. t. Si fundum tuum per obreptionem petiero, negotium tuum gerens, et ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi praestare, licet petere non potuerim. Per obreptionem* heißt hier, wenn ich mich als deinen Anwalt gerirte, ohne eine Vollmacht zur Klage von dir zu haben, und in dieser Qualität auch zugelassen worden bin. *S. FABER Rational. ad h. L. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. XXXIX. not. b.*

38) *L. 23. D. h. t. Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur. De eo autem, quod indebitum solvit, magis est, ut sibi imputare debeat.*

39) *L. 38. D. h. t. S. Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 5. (Oper. Tom. I. pag. 213.)*

40) *S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 38. cit. und de co-
ceji ius civ. controvers. h. t. Arg.*

so haftet er nur für das Kapital nebst den gewöhnlichen Zinsen⁴¹⁾.

§. 423. b.

II. Verbindlichkeiten des Eigenthümers.

Soviel nun II) die Verbindlichkeiten auf Seiten des Geschäftsherrn anbelangt, so bestehen sie darin, den negotiorum gestorem schadlos zu halten, ihm alle verwendete Unkosten und Auslagen, in sofern sie nothwendig oder nützlich sind⁴²⁾, und zwar mit Zinsen⁴³⁾, zu ersetzen, wenn gleich der Eigenthümer nicht in mora ist⁴⁴⁾, auch den Geschäftsführer von den um seinetwillen übernommenen Schulden und Verbindlichkeiten zu befreien⁴⁵⁾. Allein eine Belohnung für seine Mühe kann der N. G. nicht verlangen⁴⁶⁾.

§. 424. u. 425.

Klagen aus der negotiorum gestione.

Diese wechselseitigen Verbindlichkeiten, welche aus der negotiorum gestione entspringen, bewirken eine doppelte Klage, von welchen die eine *actio negotiorum gestorum directa*,

41) L. 37. §. 1. D. h. t. Ein anders wäre, wenn der Schuldner zu der Zeit, da ihm das Geld geliehen wurde, ein vermögender Mann war, dem jeder creditirt haben würde, und bloß durch Unglücksfälle arm geworden.

42) L. 2. D. h. t. L. 45. eod. L. 10. C. h. t.

43) L. 19. §. 4. D. h. t. L. 37. D. de Usur.

44) L. 18. Cod. h. t.

45) L. 2. L. 28. in fin. D. h. t. G. SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 11.

46) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 938.

cta, die andere *actio negotiorum gestorum contraria* genannt wird ⁴⁷⁾. Die erstere, oder die Hauptklage aus der Geschäftsführung, stellt der Herr des Geschäfts gegen den Geschäftsführer an, und gehet dahin, daß er von dem übernommenen Geschäfte richtige Rechnung ablege, dasjenige, was er für den Kläger in Empfang genommen, nebst den erhobenen, oder zu erheben gewesenen Zinsen, herausgebe, den mit Vorsatz oder aus Nachlässigkeit verursachten Schaden ersetze, und wenn der Beklagte etwa das unternommene Geschäft liegen gelassen hätte, daß er solches noch pflichtmäßig beendeige, oder das Interesse leiste. Die *actio negotiorum gestorum contraria* hingegen steht dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn zu, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung, wenn er von der Geschäftsführung Kosten gehabt, oder sonst Verbindlichkeiten bey dieser Gelegenheit für den Beklagten hat übernehmen müssen. Es kann jedoch der Geschäftsführer auch ein Retentionsrecht ausüben, wenn er die Sache in Ansehung welcher er das Geschäft geführt hat, noch besitzt ⁴⁸⁾, oder er kann sich einer Compensation bedienen, es wäre denn, daß der Richter auf diese Einrede darum keine Rücksicht genommen hätte, weil es an den rechtlichen Erfordernissen der Compensation fehlte. In diesem Falle muß nun der Geschäftsführer freilich zur *actio negotiorum gestorum contraria* seine Zuflucht nehmen ⁴⁹⁾, es muß nur nicht etwa

47) C. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 4. Band S. 323. folg.

48) *L. 1. pr. D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solvit. L. 18. §. ult. D. commodati.* Schmidt im angef. Commentar §. 1075.

49) *L. 8. §. 2. D. h. t.*

etwa die Einrede der Compensation als ungegründet rechtskräftig verworfen worden seyn. Hier würde die Gegenklage darum wegfallen, weil der negotiorum gestor die rechtskräftige Entscheidung wider sich hat ⁵⁰⁾; welches aber freysich voraussetzt, daß aus dem Urtheile und dem bisherigen Verfahren der Partheyen deutlich erhelle, daß selbst über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung des negotiorum gestor an sich, nach genauer Untersuchung der Sache, erkannt worden sey ⁵¹⁾. Uebrigens gehen zwar beyde Klagen auf die Erben; allein gegen den dritten Besitzer der Sache, in Ansehung deren das nützliche Geschäft geführet worden ist, findet die actio contraria nicht Statt. Z. B. der Eigenthümer hat das Haus verkauft, welches ich in seiner Abwesenheit repariren ließ. Hier kann ich nicht gegen den Käufer, als dermaligen Besitzer des Hauses, actionem negotiorum gestorum contrariam anstellen, und den Ersatz der aufgewandten Reparaturkosten verlangen. Denn diese Klage ist eine bloße Personalklage ⁵²⁾. Es könnte jedoch vielleicht wider den dritten Besitzer die actio in factum angestellet werden, wenn er sich mit des Geschäftsführers Schaden bereichert finden sollte. Z. B. er hätte

50) L. 7. §. 1. *D. de compensat.*

51) L. 8. §. 2. *D. h. t.* Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi. Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est, quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse: quia exceptio rei iudicatae opponenda est. S. Weber's Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. (Schwerin und Wismar 1795. 8) Nr. 6. S. 66.

52) L. 23. *Cod. h. t.*

hätte das von mir reparirte Haus von dem Eigenthümer als ein Vermächtniß, oder zum Geschenk erhalten ⁵³).

§. 426.

Grund der actionis N. G. contrariae.

Uebrigens setzt nun die actio negotiorum gestorum contraria immer voraus, daß das Geschäft zum Nutzen des Principals verrichtet worden sey. Ist dieses, so schadet 1) ein Irrthum in der Person desjenigen, dessen Geschäfte der Kläger besorgt hat, nichts, wie bereits oben (S. 350.) bemerkt worden ist. Es schadet auch 2) nichts, wenn der Eigenthümer durch Zufall von der Besorgung keinen Nutzen haben sollte ⁵⁴); 3. B. ich ließ dem Titius in seiner Abwesenheit sein beschädigtes Haus ausbessern, oder sein krank gewordenes Pferd curiren, das Haus ist aber nachher durch einen unvermutheten Zufall abgebrannt, oder das curirte Pferd verunglückt. Hier kann ich dennoch meine Auslagen ersetzt verlangen. Der eingetretene Unglücksfall hebt diese Verbindlichkeit des Eigenthümers nicht auf: nam casum sentit dominus. Es ist genug, wenn das Geschäft von Anfang für den Principal nützlich gewesen ist ⁵⁵). Es finden jedoch Ausnahmen Statt. Dahin gehört,

a) wenn sich der Kläger bloß aus Gewinnsucht, und um seines eigenen Vortheils willen, nicht aber in der Absicht, den Nutzen des Eigenthümers zu befördern, in dessen Geschäfte eingemischt hat. In diesem Falle kann der N. G.
nur

53) Schmidts Commentar 4. Band. §. 1077. S. 334.

54) L. 10. §. 1. L. 22. D. h. t.

55) L. 12. §. D. eodem.

nur in soweit einen Ersatz verlangen, als der Eigenthümer wirklichen Vortheil von seiner Einmischung hat.

b) Wenn die Geschäfte eines Pupillen sind besorgt worden. Dieser haftet auch nicht weiter, als in sofern er sich zur Zeit der angestellten Klage von dem für ihn geführten Geschäft annoch reicher befindet ⁵⁶⁾. Man sieht hier auf den Anfang der Geschäftsführung, wenn also der Eigenthümer nur zu der Zeit, als man sich seinen Geschäften unterzog, noch unmündig war, so schadet es nichts, wenn er auch nachher, während der Verwaltung seiner Geschäfte, die Mündigkeit erreicht hätte ⁵⁷⁾. Wäre jedoch der negotiorum gestor dem Pupillen ebenfalls schuldig, so kann er sich gegen die Klage derselben mit der Einrede der Compensation schützen ⁵⁸⁾.

c) Wenn der negotiorum gestor den Unglücksfall durch seine Fahrlässigkeit verursacht hat, wodurch der beförderte Nutzen wieder verloren gegangen ist ⁵⁹⁾.

Dahingegen fällt nun die Klage ganz weg, 1) wenn die Geschäftsführung gleich Anfangs für den Eigenthümer ohne Nutzen war; wenn auch gleich der negotiorum gestor wirklich geglaubt hätte, des Eigenthümers Nutzen zu befördern ⁶⁰⁾. Z. B. Titius hat ein baufälliges Haus
derez

56) *L. 37. D. h. t. L. 2. Cod. eodem. L. 47. §. 1. D. de Solution.*

57) *L. 15. D. h. t.*

58) *L. 3. §. 4. D. h. t.*

59) *L. 22. D. h. t.*

60) *L. 10. §. 1. in fine D. h. t.*

derelinquirt, weil es der Reparaturkosten nicht werth war. Ich habe dieses Haus mit vielen Kosten wieder in Stand setzen lassen. Hier kann ich keinen Ersatz der verwandten Unkosten von dem Eigenthümer verlangen. Non enim utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur, sagt Celsus⁶¹⁾. Eben dieses findet Statt, wenn die für den Abwesenden unternommene Reparatur gar nichts taugt. Sind mehr Kosten aufgewendet worden, als nöthig war, so kann der negot. gestor nur diejenigen Kosten ersetzt verlangen, mit welchen das übernommene Geschäft füglich hätte bestritten werden können⁶²⁾. In allen diesen Fällen findet jedoch eine Ausnahme Statt, wenn der Eigenthümer das Verfahren des Geschäftsführers dennoch genehmiget, wenn gleich das Geschäft für ihn wenig oder keinen Nutzen hat⁶³⁾.

Es

61) *Cit.* §. 1. *L.* 10. *D. h. t.*

62) *L.* 25. *L.* 31. §. 4. *D. h. t.*

63) *L.* 9. *D. h. t.* POMPONIUS scribit, si negotium a re, quamvis male gestum, probavero: negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. SCAEVOLA: immo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse: sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum. Et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi; ita omne, quod ab ipso probatum est. Caeterum si, ubi probavi, non est negotiorum gestio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? Item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Ueber

die

Es wird jedoch durch eine solche Genehmigung das Geschäft keinesweges in ein *mandatum* verwandelt. Denn man sieht bey jedem Geschäft auf den Anfang desselben ⁶⁴⁾. Es findet daher, der geschehenen Ratihabition ungeachtet, dennoch auf beyden Seiten die *actio negotiorum gestorum* Statt, und die Genehmigung des Geschäftsherrn hat nur die Wirkung, daß wegen der schlechten Geschäftsführung nicht weiter geklagt werden kann. Denn was ich einmal gebilliget habe, kann ich nachher nicht mehr mißbilligen. Dieses war unstreitig die Meinung des Pomponius, wenn dieser in dem angeführten Gesetz behauptete, daß nach geschehener Genehmigung der *negotiorum gestor* nicht weiter belangt werden könnte, nämlich wegen der schlechten Geschäftsführung, wie ihn Scävola ganz richtig versteht. Deswegen kann aber doch der Eigenthümer auf Ablegung der Rechnung und Herausgabe dessen, was der N. G. noch in Händen hat, eben so gut, als der Geschäftsführer auf Erstattung seiner Auslagen und Unkosten klagen, wie Scävola zur näheren Erläuterung und Berichtigung der Meinung des Pomponius noch bemerkt ⁶⁵⁾.

3) Wenn

die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vergleiche man Schmid Diss. ad h. Tit. pag. 112. sqq.

64) *L. 8. pr. D. mandati. L. 20. §. 1. D. eodem. L. 20, Cod. fam. ereisc.*

65) Io. ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 9. h. t. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 378.) versteht zwar die L. 9. cit. anders. Er glaubt, Scävola führe den Pomponius nicht in der Absicht an, um dessen Meinung näher zu erläutern und zu berichtigen, sondern um sich gegen den Pomponius zu rechtfertigen, der ihm

2) Wenn man ein fremdes Geschäft bloß aus Liebe und Freygebigkeit (*ex pietate et animo donandi*) besorgt hat, ohne die Absicht gehabt zu haben, den Andern zu einigem Ersatz verbindlich zu machen. Hier findet die *actio negotiorum gestorum contraria* nicht Statt, wenn man auch noch soviel aufgewendet hätte. Im Zweifel kann jedoch *animus donandi* nicht vermuthet werden, sondern es ist hier auf das Verhältniß der Partheyen gegen einander und auf die besondern Umstände zu sehen. Paulus ⁶⁶⁾ erzählt hiervon folgenden Rechtsfall. Eine Großmutter hatte die Geschäfte ihres Enkels besorgt, und unter andern auch Alimentgelder für selbigen bezahlt. Nach beyder Tode belangten die Erben des Enkels die Erben der Großmutter mit der *actione negotiorum gestorum*. Letztere brachten die von ihrer Erblasserin aufgewandten Alimentgelder in Gegenrechnung, und verlangten deren Vergütung. Die Kläger replicirten, diese Vergütung könne nicht gefordert werden; die Großmutter habe aus Liebe ihren Enkel umsonst ernährt, denn sie hätte nicht gehörigen Orts auf Bestimmung der Verpflegungsgelder angetragen. Die Beklagten erwiederten hierauf, es müsse erst erwiesen werden, daß dieses die Meinung der Großmutter gewesen sey, weil sie die übrigen Geschäfte des Enkels für dessen Rechnung besorgt habe. Paulus entscheidet die:

ihm in seinen Schriften die Meinung aufgebürdet habe, als ob nach erfolgter Ratihabition des Eigenthümers die *actio negotiorum gestorum* schlechthin weg falle. Allein der ganze Zusammenhang der angeführten Stelle widerspricht dieser Erklärung, wie *Io. Lud. CONRADI* in *Comment. de sententia cap. VIII. Tit. Dig. de neg. gestis adversus Io. ALTAMIRANUM. Lipsiae 1757. 4.* sehr gründlich gezeigt hat.

66) *L. 34. D. h. t.*

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

diesen Fall folgendermaßen. Es komme alles auf die besondern Umstände in factu an. Diese müßten den Ausschlag geben, was die Meinung der Großmutter gewesen sey. Denn die Großmutter sey nicht schlechterdings verbunden, ihren Enkel ohne Vergütung zu unterhalten, besonders wenn derselben Vater noch gelebt, oder der Enkel eigenes Vermögen hätte. Können daher die Erben der Großmutter erweisen, daß ihre Erblasserin sich die Vergütung der Alimente ausdrücklich ausbedungen, oder über diese Ausgabe förmliche Rechnung geführt habe, so sind sie mit dieser Forderung nicht abzuweisen.

Man sieht aus dieser Entscheidung, daß, wenn leibliche Eltern für ihre Kinder etwas aufgewendet haben, so lange vermuthet werden müsse, daß solches aus Liebe und Zuneigung geschehen sey, ohne deswegen eine Vergütung zu fordern, bis das Gegentheil erwiesen ist. Eben dieses ist auch in andern Gesetzen deutlich verordnet⁶⁷⁾. Haben hingegen Stiefeltern für ihre Stieffinder Auslagen gehabt, so ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß sie solche animo repetendi, als animo donandi verwendet haben. Es liegt daher den Stieffindern billig der Beweis ob, wenn sie das letztere behaupten, dahingegen leibliche Kinder mit diesem Beweis zu verschonen sind⁶⁸⁾. Endlich

3) findet die actio N. G. contraria auch dann nicht Statt, wenn der Kläger den Aufwand aus eigener Schuldigkeit gemacht hat. Z. B. der Ehemann hat auf

67) *L. 44. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.*

68) *L. 11. et L. 15. Cod. h. t. de coecceji iur. civ. contr. h. t.*
 Qu. 10. RUD. WALCH *Introduc. in contr. iur. civ. Sect. II.*
 membr. 2. §. 5.

auf die Cur seiner kranken Frau viel Kosten verwandt. Eine Vergütung dieser Kosten kann nicht gefordert werden, weil der Ehemann sie aus Schuldigkeit verwendet hat, denn sie gehören ad onera matrimonii⁶⁹⁾).

In den beyden letztern Fällen findet darum die actio neg. gestorum nicht Statt, weil der Kläger die Absicht, den Beklagten zu verbinden, nicht hatte, oder den Rechten nach nicht haben konnte.

69) *L. 13. Cod. h. t.* Schmidts Commentar über f. Weters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 4. Band. S. 1079.

Lib. III. Tit. VI.

De Calumniatoribus.

§. 427. u. 428.

Verschiedene Bedeutung des Wortes *Calumnia* und *Calumniator*.

Das Wort *Calumnia* bedeutet im rechtlichen Verstande überhaupt eine dolose Handlung, wodurch man den Andern unter dem Schein des Rechts beleidiget; was man überhaupt *Chicane* nennt⁷⁰⁾. Sie begreift daher auch die *Concussion* unter sich, wenn man unter dem Schein des Rechts etwas von dem Andern widerrechtlich erpreßt⁷¹⁾. Z. B. ein Zollbeamter giebt fälschlich vor, daß Zoll gegeben werden müsse, und hält die Waaren so lange zurück, bis ihm der Zoll, der ihm gar nicht gebührte, entrichtet worden ist⁷²⁾. Insonderheit aber verstanden die Römer unter *calumnia*, oder *Chicane* in bürgerlichen Processen, eine grundlose gerichtliche Klage, die man wider bessere Ueberszeugung anstellte, oder grundlose Einwendungen, die man bloß aus Bosheit vorschückte, und durch welche man das Recht

70) *L. 233. D. de Verb. Signif.* Man sehe *Constant. Iac. van RENNESSE* Diss. de coercitione accusatorum. Cap. II. §. 1. *Traj. ad Rhen.* 1724. (in *Ger. OELRICHS Thes. Dissert. Belgicar. novo* Vol. I. Tom. II. pag. 586. sqq.) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1116.

71) *C. Henr. BRENCMANNI* libr. sing. de Lege Remmia et de fatis calumniatorum sub Imperatorib. cap. 20. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tit. III. p. 1628.)

72) *L. 7. §. fin. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. not. f.

Recht des Klägers zu vereiteln suchte ⁷³⁾). Man vermische damit nicht *temeritatem litigandi*, denn diese ist von größserem Umfange. Nicht nur derjenige macht sich einer *temeritatis* schuldig, welcher gegen seine Ueberzeugung vor Gericht klagt, oder sich vertheidiget, sondern auch derjenige, welcher ohne einen ausreichenden Grund, gleichsam auf's Gerathewol, einen Proceß anfängt. Sie faßt also nicht immer *dolum* oder *calumniam* in sich, sondern kann auch unverzeihliche Fahrlässigkeit zum Grunde haben ⁷⁴⁾). Im bürgerlichen Proceß hieß also derjenige *calumniator*, der seinen Mitbürger gegen bessere Ueberzeugung in einen grundlosen Proceß verwickelte, oder als Beklagter chicanirte. Im peinlichen Proceß nannte man hingegen *calumniatores* diejenigen, welche wider unschuldige Personen aus Bosheit falsche Anklagen anstellen ⁷⁵⁾). Allein hier ist von einer besondern Gattung der *calumniae* die Rede, welche darin besteht, wenn sich Jemand durch Geld oder Geldeswerth gewinnen läßt, um einem andern entweder einen chicanösen Proceß anzuhängen, oder davon abzustehen. Diejenigen, welche sich einer solchen *calumniae* schuldig machen, werden hier *Calumniatores* genannt. Ob sie wirklich Geld empfangen haben,

B b 3

oder

73) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 5. §. 1. sagt: CALUMNIOSUS est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. Add. L. 6. *Cod. de administr. tutor.* Cap. 5. X. *de dolo et contum.* NOODT in *Commentar. ad h. Tit.* pag. 101.

74) Die Richtigkeit dieser Begriffe hat aus vielen Stellen der Classiker sehr gründlich dargethan Jac. Frid. Georg Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung, und Compensation. 1. Th. §. 8. und 9.

75) Vid. *Tit. Cod. de calumniatoribus.* (IX. 46.)

oder ob ihnen eine Sache für einen geringen Preis verkauft, oder verpachtet, oder eine Schuld erlassen, oder sonst etwas gegeben worden, um entweder mit Jemand einen grundlosen Proceß anzufangen, oder um einen solchen Proceß, den sie anstellen wollten, zu unterlassen, ist einerley ⁷⁶⁾).

§. 429.

Verschiedene Klagen, die wegen einer calumniae Statt finden.

Gegen eine solche Calumnie haben nun verschiedene Rechtsmittel Statt. Man unterscheide folgende Fälle.

1) A. giebt dem B. Geld, um mir einen muthwilligen Proceß zu erregen. Hier kann ich gegen den A. die Injurienklage, gegen den B. aber actionem in factum de calumniatoribus anstellen, vermöge welcher man binnen einem Jahre auf das Vierfache desjenigen, was der Calumniator empfangen hat, nach Verlauf eines Jahres aber nur auf das Einfache des empfangenen Geldes klagen kann ⁷⁷⁾).

2) A. hat dem B. Geld gegeben, daß er mich mit einem ungerechten Proceß verschonen möchte, den er wider mich anstellen wollte. Hat A. dieses in meinem Namen gethan, als mein Procurator, oder als negotiorum gestor, und ich habe es auch genehmiget, so ist es so gut, als ob ich das Geld selbst gegeben hätte. Hat aber A. dem B. das Geld ohne meinen Auftrag gegeben, und ich habe es auch nachher nicht ratihabirt, so kann nicht nur A. das Gegebene mit der *condictione ob turpem causam* zurückfordern, sondern auch ich kann gegen den B. mit der *actione de calum-*

76) L. 1. §. 4. L. 2. L. 3. *pr. et §. 2. D. h. t.*

77) L. 1. *pr. D. h. t.*

calumniatoribus auf das Vierfache klagen ⁷⁸⁾). Diese Klage ist hier eine actio mere poenalis, weil der Kläger das quadruplum bloß zu seinem Gewinn vom Beklagten als Strafe erhält. Außerdem ist die actio de calumniatoribus eine actio rei et poenae persecutoria ⁷⁹⁾).

3) A. drohet mir mit einer ungerechten Klage, ich gebe ihm Geld, daß er mich nicht schikaniren möchte. Hier habe ich die Wahl, ob ich will mit der condictione ob turpem causam das Gegebene zurückfordern, oder mit der actione in factum de calumniatoribus auf das quadruplum klagen ⁸⁰⁾). Habe ich mit der letztern Klage das Vierfache erhalten, so fällt die condictio ob turpem causam weg. Habe ich aber diese Condition zuerst an gestellt, so kann ich nachher noch mit der actione in factum de calumniatoribus auf das triplum klagen ⁸¹⁾).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die actio de calumniatoribus nicht auf die Erben geht. Sie steht also

1) den Erben des Klägers nicht zu, weil sie, gleich der Injurienklage, als eine actio vindictam spirans angesehen wird, welche man für erlassen hält, wenn sie der Be-

B b 4

leis

78) L. 7. pr. D. h. t.

79) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4053. in fin. und SCHMIDT'S Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Band. §. 1283.

80) L. 5. §. 1. D. h. t.

81) Man sehe ROTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. X. not. b. und de COCCENI iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Anderer Meinung ist jedoch ANT. SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 2. in fin.

leidigte bey seinem Leben nicht angestellt hat⁸²⁾. Ist dies aber geschehen, und die Einlassung auf die Klage erfolgt, so kann sie der Erbe fortsetzen. Wenn indessen der Verstorbene Geld gegeben hat, damit er durch keinen muthwilligen Proceß beunruhiget würde, so kann sein Erbe das Gegebene wenigstens mit der *condictione ob turpem causam* zurückfordern⁸³⁾.

2) Gegen die Erben des Beklagten hingegen findet sie nur in sofern Statt, als dieselben durch das Gegebene sich bereichert haben, und also davon etwas auf sie gekommen ist. *Nam turpia lucra etiam heredibus sunt extorquenda*⁸⁴⁾.

§. 430.

Heutiger Gebrauch der *actionis in factum de calumniatoribus*.

Ueber den heutigen Gebrauch der *actionis de calumniatoribus* sind die practischen Rechtsgelehrten nicht einig. Unser Verfasser läugnet denselben mit mehreren Rechtsgelehrten⁸⁵⁾ gänzlich, weil sie eine Pönalklage ist, das Strafrecht

82) NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 103. Schmidt im angeführten Commentar. §. 1281.

83) L. 4. *D. h. t.*

84) L. 5. *pr. D. h. t.*

85) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VII. Th. 60. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 12. THOMASII in Diss. de usu actionum poenaliur iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 13 *de cocceji iur. civ. contrav. h. t. Qu. 1. Mich. God.* WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 182.

recht aber heutiges Tages der Obrigkeit, und nicht mehr Privatpersonen zustehet. Wenigstens könnte heutiges Tages nicht mehr auf das quadruplum geklagt werden, sondern nur auf das Interesse, und der Calumniant wäre von dem Richter willkürlich für seine Chicanen zu bestrafen. Allein so ausgemacht ist dieses noch nicht, daß sich hier ein gewisser Gerichtsgebrauch behaupten ließe, indem viele der Praxis vollkommen kundige Rechtsgelehrte⁸⁶⁾ das Gegentheil behaupten, deren Meinung sich auch darum vollkommen rechtfertigen läßt, weil es auf Seiten des Calumniirten oft schwer hält, das Interesse zu beweisen, und überdem die Klage auch den Nutzen gewährt, daß dadurch muthwillige Prozesse verhütet werden.

- 86) *Io. BRUNNEMANN* ad L. fin. D. h. t. *SCHILTER* Prax. iur. Rom. Ex. X. thes. 74. *BERGER* Oecon. iur. Lib. III. Tit. XI. Th. 15. not. 6. *STRYK* Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. *LEYSER* Meditat. ad Pandect. specim. LVI. med. 1. et 2. Man sehe auch *Schmidt's* Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Th. §. 1284. und *EMMINGHAUS* ad *Coccejum*. h. t. Qu. 1. not. v.
-

Lib. IV. Tit. I.

De in integrum restitutionibus.

§. 431.

Begriff der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, *restitutio in integrum*⁸⁷⁾, in sofern man darunter überhaupt ein außerordentliches Rechtsmittel versteht, wodurch eine Person ihre vorigen Rechte wieder bekommt⁸⁸⁾, kann sowohl in peinlichen als bürgerlichen Sachen ertheilet werden. Die Restitution in peinlichen Sachen geschieht entweder aus bloßer Gnade oder aus Gerechtigkeit.

Wenn

87) Die vorzüglichsten Schriften über diese Materie sind: *Sfortia* opus de restitutione in integrum. *Venet.* 1584. fol. (Tom. II. *Tractatum de in integrum restitutionibus. Frfti* 1586. fol.) *Dompierre de IONQUIERES* Specimen de restitutionibus in integrum sive Commentarius ad Titulos Pandectarum, qui ad illam materiam pertinent, VII. priores libri IV. et VIum libri XXVII. *Lugd. Batavor.* 1767. 8. *Christ. Gottl. BIENER* Historia iur. civ. de restitutionibus in integrum. *Lipsiae* 1779. 4. und *Io. Lud. SCHMID* sive *Iust. Val. Io. PHILIPPI* Diss. de restitutione in integrum, num sit beneficium reale an personale? *Ienae.* 1777. 4.

88) Daß Wort *restitutio* wird in den Gesetzen auch von Sachen gebraucht, welche auf Befehl der Obrigkeit wieder in den vorigen Stand gesetzt werden müssen. L. 2. §. 43. *D. ne quid in loco publ.* L. 10. §. 1. *D. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Allein diese Bedeutung gehört nicht hierher.

Wenn nämlich Jemand eines angeschuldigten Verbrechens wegen verurtheilt worden, dem nach schon vollzogener Strafe die Folgen derselben z. B. die Infamie erlassen, und die verlohrnen Ehrenstellen und Güter wiederhergestellt werden, denn dies ist die *Restitutio* in peinlichen Sachen, wie Kr. Antonin ⁸⁹⁾ sie selbst erklärt; so geschieht solches entweder darum, weil der Verurtheilte seine Unschuld bewiesen, oder weil ihn der Landesherr begnadiget hat. In dem erstern Falle wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *restitutio ex capite iustitiae*, in dem letztern aber *restitutio ex capite gratiae* genennt. Von dieser ist im Criminalrecht zu handeln. Hier reden wir von derjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche in einer Civilsache ertheilt wird. Diese kann in einer zweyfachen Rücksicht betrachtet werden, nämlich als eine Rechtswohlthat, um die man bitten muß, und dann als eine Handlung des Richters, welcher die gebetene Restitution ertheilt. In jener erstern Rücksicht versteht man unter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine subsidiarische Rechtswohlthat, welche zum Besten derjenigen ist eingeführt worden, die durch die Strenge des Civilrechts einen unbilligen Verlust an ihrem Vermögen oder an ihren Rechten erlitten haben, und vermöge welcher sie bey der Obrigkeit bitten können, daß wegen einer vorhandenen rechtmäßigen Ursach der Billigkeit entweder das nachtheilige Geschäft

89) L. 1. *Cod. de sentent. passis et restit.* wo es heißt:

Ut autem scias, quid sit in *integrum restituere*; ego

te honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo.

S. Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundbegriffe

und Grundwahrheiten des peincl. Rechts. 2. Th. §. 111. S. 258.

und Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft
§. 167.

schäft wieder aufgehoben, oder ihnen sonst der Schaden ersetzt werde. Gewöhnlich sagt man zwar, die Wiedereinsetzung in einer Civilsache sey die Wiederaufhebung eines nach dem strengen Recht gültigen, aber doch nachtheiligen Geschäfts, welche aus einer gerechten Ursache geschieht⁹⁰⁾; allein dieser Begriff ist darum zu eng, weil die Restitutionsklage bisweilen nur auf eine Leistung des Interesses geht, ohne daß das schädliche Geschäft dadurch rescindirt wird; z. B. wenn propter alienationem iudicii mutandi causa factam Restitution gesucht wird. Wenn Paulus⁹¹⁾ sagt: *integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*, so meint zwar Voet⁹²⁾, daß auch dieser Begriff unvollständig sey, weil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch per modum exceptionis gesucht werden könne. Allein dieser Fall ist in dem Begriff des Paulus nicht ausgeschlossen, sondern das Wort *actio* wird hier im weitläufigen Verstande für ein jedes gerichtliches Rechtsmittel⁹³⁾ genommen, und begreift daher auch die Exception unter sich⁹⁴⁾. Diese Bedeutung ergibt sich aus dem Begriffe selbst. Denn Paulus schreibt der Restitution eine zweifache Wirkung zu; 1) *effectum redintegrandae rei*, und 2) *effectum redintegrandae causae*. Nun heißt aber *res redintegratur*, wenn mir die Sache, welche ich

durch

90) C. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1002.

91) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. VII. §. 1.

92) Commentar. ad Dig. h. t. §. 1.

93) C. Ant. SCHULTING in Iurisprud. vet. Antejustin. ad. cit. PAULI loc. not. 3. pag. 233.

94) *L. 1. D. de except.* Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.

durch den Dolus oder durch einen widerrechtlichen Zwang des Andern aus den Händen zu geben veranlaßt worden bin, wieder zurückgegeben werden muß. *Causa redintegratur* hingegen heißt, wenn ich mich zu einer nachtheiligen Prästation verbindlich gemacht habe, und diese Verbindlichkeit, *re adhuc integra*, aufgehoben wird⁹⁵⁾. Hier kann aber, wie Ulpian⁹⁶⁾ sagt, die Restitution nie anders als *per modum exceptionis* gesucht werden.

Betrachtet man endlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als eine Handlung des Richters; so versteht man darunter diejenige gerichtliche Handlung, vermöge welcher Jemand, der durch die Strenge des Civilrechts eine unbillige Verletzung erlitten hat, aus einer gerechten Ursache vom Richter entweder gegen die Folgen des eingegangenen schädlichen Geschäfts geschützt, oder ihm sonst zu dem Seinigen wieder verholffen wird. In dieser Bedeutung sagen die Gesetze, die Restitution sey eine *redintegratio causae, stricto iure civili amissae*⁹⁷⁾; ferner eine *instauratio negotii*⁹⁸⁾.

Uebrigens erhellet aus den gegebenen Begriffen, daß die Strenge des alten Civilrechts, welches durch sein Formelwesen schlechtgesinnten Menschen häufige Gelegenheit gab,
unter

95) So erklärt isidorus Origin. Lib. V. cap. 25. den Paulus, wenn er sagt: *Causa redintegratur*, quae vi potestatis expleta non est; *Res redintegratur*, quae vi potestatis ablata atque extorta est. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. German. Th. II. §. 805.

96) L. 9. §. 3. D. Quod metus caus.

97) L. 2. C. in quib. caus. in integrum restit. necess. non est.

98) L. 2. Cod. Si adv. transact.

unter den Deckmantel desselben Ungerechtigkeiten zu begehen, zur Einführung der Restitution in Civilsachen die nächste Veranlassung gegeben habe⁹⁹⁾. Daß meiste verdankt unser Recht hierin der Billigkeit des Prätors, dessen Beyspiel nachher auch die römischen Kaiser und Päbste nachfolgten¹⁰⁰⁾.

§. 432.

Verschiedene Eintheilung der R. i. i.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann man aus einem dreyfachen Grunde eintheilen.

1) Nach Verschiedenheit der Art, wie sie ertheilet wird, ist sie entweder *restitutio in integrum ordinaria*, oder eine solche, *quae fit brevi manu*, je nachdem sie entweder eine vorhergehende Vernehmung des Gegentheils erfordert, oder auf das bloße Gesuch des Imploranten ertheilet wird, ohne zuvörderst den Gegentheil mit seinen Einwendungen darüber zu hören. Die letztere kommt besonders im Proceß vor, wenn Nothfristen verabsäumt worden sind, und die Rechtmäßigkeit der Restitutionsursache entweder aus den Acten ganz liquid, oder durch das Vorbringen des Imploranten ausser allen Zweifel gesetzt ist¹⁾.

2) Nach

99) E. BIENER in cit. histor. iur. civ. de restitution. in integr. Cap. II.

100) Gewiß die beste Rechtfertigung gegen die Vorwürfe, die man den Prätores wegen der Einführung der Restitutionen gemacht hat, wogegen sie vortreflich vertheidiget. Io. RICHER in *Vindiciis praetoris Romani et iuris honorarii. Lugd. Batavar.* 1748. 8. §. XIII.

1) E. SCHNEIDER Diss. de restitutione in integrum brevi manu adversus lapsum fatalium in processu civili. Halae 1721. und Io. Christ.

2) Nach Verschiedenheit der Gesetze, durch welche sie eingeführt worden ist, ist sie entweder *restitutio in integrum Romana* oder *Canonica*. Die letztere ist diejenige, welche nach dem kanonischen Rechte einer Kirche oder einem andern *pio corpori* im Falle einer erlittenen Läsion ertheilt wird ²⁾. Die erstere ist wieder von zweyerley Art, entweder *praetoria* oder *civilis*, je nachdem sie entweder durch die Edicte der Prätores, oder durch die neuern Civilgesetze ist eingeführt worden.

Die *restitutiones in integrum civiles* lassen sich füglich auf zwey Classen reduciren, einige sind *ad exemplum et analogiam praetoriae restitutionis* eingeführt worden, wie z. B. die *restitutio reipublicae* ³⁾; andere nicht ⁴⁾. Zu dieser letztern Gattung rechnet man

a) die Restitution bey einem Kauf wegen einer Verletzung über die Hälfte ⁵⁾; welches Rechtsmittel (*remedium*
ex

Christ. ESCHENBACH Diss. de restitutione in integrum, quae fit brevi manu, praes. *Ad Frid. REINHARD* def. *Bützovii* 1778.

2) *Car. Frid. KÜHNE* Specim iurid. de beneficio restitutionis in integrum ecclesiae contra praescriptionem denegando. Helmstadii 1791. 8.

3) *L. 3. C. de iure reipubl.* Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem iuvare moris est. Man sehe auch *L. 4. C. quib. ex caus. maiores. L. 1. C. de officio eius, qui vice alt. iudic.*

4) *Coccej* in iure civ. contrav. h. t. Qu. 1. verwirft zwar diesen Unterschied, und meint, daß alle Restitutionen ihren Ursprung aus dem prätorischen Rechte herleiteten. Die Civilgesetze hätten nur hin und wieder das prätorische Recht näher bestimmt. Allein man sehe dagegen *EMMINGHAUS* ad *Coccejum* c. l. not. w.

5) Man konnte zwar schon vor der *L. 2. C. de resc. vendit.* wegen einer solchen Verletzung die Restitution suchen, wenn nur die Verletzung nicht ganz unerheblich war. Dieses erhellet aus
L. 2.

ex L. 2. C. de rescind. vendit.) die Praxis auch auf andere Contracte ausdehnt, die eine Gleichheit wechselseitiger Leistungen erfordern.

b) Die Restitution gegen ein Endurtheil, das sich auf falsche Urkunden gründet. (Restitutio ex L. 33. D. de re iudicata.) Nach dem neuern röm. Rechte ist jedoch ein solches Urtheil ganz nichtig, und erlangt nie die Rechtskraft ⁶⁾. Unser Verf. berührt bey dieser Gelegenheit (Not. d.) die Frage: ob wegen neu gefundener Urkunden die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gesucht werden könne? Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob die Restitution in einer causa publica, die das Beste des Staats betrifft, der in einer Privatsache, die bloß das Privatinteresse des Imploranten betrifft, gesucht wird. In dem ersten Falle findet die Restitution aus dem angeführten Grunde contra rem iudicatam nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze Statt ⁷⁾. In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu entscheiden, ob die Restitution von ei-

ner

L. 2. D. depositi. L. 12. §. 1. D. de iure dot. L. 54. D. de emt. vendit. Man sehe auch *Em. MERILLII* Observat. Lib. VI. cap. 16. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract §. 820. Allein den Kaisern Diocletian und Maximian gebührt doch das Verdienst, daß sie durch die Bestimmung der Grösse der Verletzung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand gegeben haben, da vorher alles auf seinem Ermessen beruhte.

6) *Vid. tot. Tit. Cod. Si ex falsis instrum. vel testim. iudicatum sit.*

7) *L. 35. D. de re iudic.*

ner minderjährigen, oder von einer volljährigen Parthey gesucht wird. In jenem Falle findet das Restitutionsgesuch auch *contra rem iudicatam* Gehör ⁸⁾. Allein in dem letztern Falle läugnen viele Rechtsgelehrte ⁹⁾, daß ob *instrumenta noviter reperta* eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Urtheil gesucht werden könne, und für diese Meinung scheinen auch verschiedene Gesetze zu sprechen. Denn so sagt erstlich *L. 35. D. de re iudicata*: *Sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oportet*; und in der *L. 4. C. de re iudicata* heißt es: *sub specie novorum instrumentorum, postea repertorum, res iudicatas restaurari, exemplo grave est*. Es läßt sich indessen doch nicht so geradezu behaupten, daß deswegen bey Majorennen die Restitution ganz unstatthaft sey, wenn sonst eine rechtmäßige Ursach vorhanden ist. Denn es kann ja vielleicht durch den Dolus des Gegentheils geschehen seyn, daß der Sachfällige vorher keine Wissenschaft von den erst nachher entdeckten Urkunden zu erhalten im Stande war, oder es kann sich aus den Urkunden selbst ein dolus des Gegners offenbahren; ja wenn es auch, ohne Gefährde des Gegners, überhaupt ganz unmöglich gewesen wäre, ante rem indicatam von gewissen Urkunden Nachricht zu erhalten, die sich erst nachher gefunden haben,

8) *L. 5. C. Si advers. rem iudicat. L. 2. C. Si saepius in integr. restitut. postul.*

9) PUFFERDORF *Observat. iuris univ.* Tom. I. Obs. 57. und Tom. II. Obs. 47. LEYSER *Meditat. ad Pandect.* Vol. VII. Specim. CCCCLXX. med. 3. et 4. SENCKENBERG *de quadriennio, introducendo restitut. in integr. remedio, in summis imp. dicasteriis communi opinione praefinito.* §. 2. (in *Ej. Meditat. ius publ. privat. et histor. concernent. meditat.* VIII. p. 418.)

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

C c

haben, und welche nun das Recht des Sachfälligen ausser allen Zweifel setzen; so würde er mit Recht sagen können, daß er ohne seine Schuld verlegt sey, und es könnte ihm also unter diesen Umständen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Billigkeit nach wohl nicht abgeschlagen werden¹⁰⁾. Dieser Behauptung sind auch die angeführten Gesetze nicht entgegen, als welche nur soviel sagen, daß ob sola noviter reperta instrumenta kein rechtskräftiges Urtheil wieder aufgehoben werden solle, aber den Fall nicht ausschließen, wenn eine rechtmäßige Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorhanden ist¹¹⁾. Zu der letztern Gattung der bürgerlichen Restitution gehört endlich

c) die Restitution ex L. 31. D. de jureiur. welche in dem Falle Statt findet, wenn ein Rechtsstreit durch Ableistung eines gesetzlichen Eides, z. B. des Reinigungseides, welchen der Richter meinem Gegner aufgelegt hatte, entschieden worden ist, und ich nachher neue Beweismittel finde, durch die ich mein Recht ausser Zweifel setzen kann. Endlich kann noch insonderheit

3) die prätorische Restitution nach Verschiedenheit ihrer Ursache, aus welcher sie ertheilt wird, eingetheilt werden. Sie gründet sich nämlich entweder auf eine im Edikt bestimmte Ursach, oder auf die allgemeine Clausel des Prätoris:

10) Daß dieses auch der Praxis gemäß sey, ergiebt sich aus H. von Canngieffers Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. 94. nr. 12. pag. 342. und Tom. II. Decis. 274. pag. 491. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XLII. Tit. I. §. 26.

11) Man sehe vorzüglich MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. V. Fasc. I. Obs. 765.

torß: *item, si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restituum*, von dieser werde ich beyhm §. 471. mit mehrerem handeln. Jene wird entweder wegen der Minderjährigkeit, oder wegen einer solchen Ursach ertheilt, aus welcher auch Volljährige in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden können. Zu den Ursachen der letztern Art gehören Furcht und Zwang, Betrug, Capitisdeminution, Irrthum¹²⁾, Abwesenheit, Veräußerung einer Sache in der Absicht, dem Andern sein Recht zu erschweren oder gar zu vereiteln, (*alienatio iudicii mutandi causa facta*) und die von einem concursmäßigen Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger unternommene Veräußerung¹³⁾.

§. 433.

Die Restitution muß gesucht werden. In wiefern kann dieses Gesuch durch einen Procurator geschehen?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist eine Rechtswohlthat, die Niemandem ipso iure zusteht, sondern um deren Ertheilung man der Regel nach bitten muß. Sie wird also ordentlicher Weise von richterlichen Amtswegen nicht ertheilt, weil Wohlthaten Niemandem aufgedrungen werden. Nur im Proceß pflegt nach dem heutigen Gerichts-

C c 2

gebrauche

12) In der *L. 2. D. h. t.* geschieht des iusti erroris ausdrückliche Erwähnung. Beyspiele kommen vor *L. 1. §. 6. D. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur. §. 33. I. de action. L. 11. pr. D. de except. rei iudic.* S. DOMPIERRE cit. Specim. de Restit. in int. Tit. VI. pag. 374. sqq.

13) *L. 1. L. 10. §. 22. D. Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.*

gebrauche zuweilen der Richter gegen den Ablauf einer Nothfrist die Restitution brevi manu zu erteilen, ohne die Imploration der verletzten Parthey abzuwarten, wenn nämlich aus den Acten klar erhellet, daß dieselbe dabey außer aller Schuld sey, und diese auch, um den Proceß fortsetzen zu können, die Restitution wünschen muß¹⁴⁾. Daß Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann übrigens entweder von dem Verletzten selbst oder durch einen hinlänglich bevollmächtigten Anwalt geschehen¹⁵⁾. In der Regel wird zu diesem Gesuche eine besondere Vollmacht erforderlich¹⁶⁾. Eine allgemeine Vollmacht zur Besorgung aller Geschäfte des Principals ist hierzu nicht hinreichend, wenn die Restitution hauptsächlich, per modum actionis, gesucht werden will¹⁷⁾. Denn da durch die Restitution ein gülti-

geß

14) CARPZOV Respons. Lib. II. Resp. 95. nr. 19. seqq. HARP-
PRECHT Vol. nov. Consil. LXIX. nr. 27. seqq. de CANNIES-
SER Decision. Hasso-Cassellan. T. II. Decis 255. nr. 19.
Gust. Henr. MYLIUS Diss. de restitutione in integrum brevi
manu contra rem indicatam. *Lipsiae* 1756. HOFACKER Prin-
cip. iur. civ. T. II. §. 811. nr. II. Schmidt Commentar über
f. Waters Lehrb. von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1442.

15) *L. un. Cod. Etiam per procurat. caus. restitut. in
int. agi posse.*

16) *L. 25. §. 1. D. de Minorib.*

17) *L. cit. 25.* Qui vero generale mandatum de universis ne-
gotiis gerendis alleget, non debet audiri. Nach dem fano-
nischen Rechte hält man zwar ein mandatum generale cum
libera für hinreichend, ob *cap. 4. et 5. de Procurat. in 6.*
S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und HOFACKER Princip. iur.
civ. Tom. II. §. 811. Allein man vergleiche hier, was davon in
dem Titel de Procuratoribus §. 401. S. 293. vorgekommen ist.

Daß

ges Geschäft aufgehoben werden soll, so muß man auch Gewißheit haben, ob der Principal damit zufrieden ist. Ist es zweifelhaft, ob der Procurator mit einer besondern Vollmacht versehen sey, so muß Sicherheit wegen der Genehmigung des Principals bestellt werden¹⁸⁾. Nur denn wird eine generelle Vollmacht für zulässig gehalten, wenn die Restitution incidenter während des Processus gesucht wird, und eine so gerechte Ursach zur Restitution vorhanden ist, daß der Principal, wenn er gegenwärtig wäre, sie selbst gesucht haben würde¹⁹⁾.

§. 434.

Wie ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen?
Welches ist das forum competens der Restitutionsklage?

Die Restitution wird nun entweder hauptsächlich mittelst Anstellung einer eigenen Klage, oder bey Gelegenheit eines schon anhängigen Processus gesucht. Ersteres geschieht besonders in dem Falle, wenn das nachtheilige Geschäft, wogegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, schon vollzogen ist. Ulpian²⁰⁾ führt

C c 3

indessen

Daß ein *mandatum generale cum libera* nicht hinlänglich sey, behaupten *de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 6.* und *DOMPIERRE de IONQUIERES Specim. de restitut. in int. Tit. I. §. 27.*

18) *L. 26. pr. D. de Minorib.*

19) *MEVIUS Decis. P. V. Decis. 96. MYNSINGER Observat. pract. Cent. II. Obs. 26. nr. 24. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 99. nr. 12. SCHORCH Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Sent. 265. nr. 21. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. Lib. III. Tit. 3. Qu. 10. not. I.*

20) *L. 9. §. 3. D. quod metus causa.*

Indessen auch einen Fall an, wo bey einem noch unvollzogenen Geschäft die Restitution in einer Klage gesucht werden kann. Wenn mich z. B. Jemand durch widerrechtlichen Zwang genöthiget hätte, ihm eine Handschrift über eine gewisse Summe auszustellen, so kann ich zwar abwarten, bis er mich daraus belangt, und ihm dann die *exceptionem metus illati* entgegen setzen. Allein ich kann auch die *actionem metus causa* anstellen, und mittelst derselben auf die Zurückgabe und Cassation des widerrechtlich extorquirten Schuldscheins klagen. Hier entsteht nun

1) die Frage, bey welchem Richter die Restitutionsklage anzustellen sey? Ich muß zuvörderst bemerken, daß bey den Römern die Ertheilung der Restitution mehr zum *imperium* als zur *Jurisdiction* gerechnet wurde²¹⁾. Daher konnten nur eigentlich diejenigen Magistratus Restitution ertheilen, welche ein *imperium* hatten, nämlich der Prätor, der *praefectus Urbi*, der Präses der Provinz²²⁾ u. d. m. Weil jedoch bey der Uebertragung der Gerichtsbarkeit auch das *imperium mixtum* auf den Stellvertreter übergieng²³⁾, so konnte auch bey einem solchen *mandatarius* die Restitution gesucht werden²⁴⁾. Dahingegen stand den *magistratibus municipalibus* diese Befugniß nicht zu²⁵⁾; welches auch nachher nicht von Justinian²⁶⁾ geändert worden ist, wie

21) *L. 26. pr. D. ad municipalem.*

22) *L. 16. §. 5. L. 42. D. de minorib.*

23) *L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisd.*

24) DOMPIERRE de IONQUIERES cit. Specim. h. t. §. 19.

25) *L. 26. §. 1. D. ad municipal.*

26) *L. ult. Cod. ubi et apud quem causa in int. restitut. agitanda sit?*

wie Cocceji²⁷⁾ behaupten will, indem die angeführte Verordnung dieses Kaisers nur bestimmt, in wiefern iudices pedanei und delegati Restitution ertheilen können, wie Strauch²⁸⁾ und Quintanaduegna²⁹⁾ gezeigt haben. Ja in gewissen Fällen konnte die Restitution sogar nur beym Kaiser gesucht werden, z. B. wenn sie gegen die Sentenz des Procuratoris Caesaris gesucht wurde³⁰⁾. Heutiges Tages kann jedoch jeder Richter Restitution ertheilen, wenn er nur die Civil-Gerichtsbarkeit hat, er mag eine iurisdictionem propriam oder mandatam oder delegatam haben³¹⁾. Denn daß auch bey einem commissarischen Richter, wenn er zur Erörterung der Restitutionsache gesetzt ist, die Restitutionsklage angestellt werden könne, ist außer Zweifel³²⁾. Nur bey einem Schiedsrichter findet das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht haupt-

Ec 4

fäch-

27) Iur. civ. contro. h. t. Qu. 2.

28) Ad quinquag. Decision. Iustiniani Exercit. III. Cap. 3.

29) De iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. VII. nr. 26. sqq. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 240.) Man sehe auch WISSENBACH Comment. repetit. praelect. in libr. VII. Cod. ad L. 3. ubi et apud quem. pag. 124.

30) *L. 1. Cod. ubi et apud quem cognit. L. 10. L. 18. §. 1—4. D. de Minorib. L. 3. Cod. Si adv. rem iudicatam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und NOORDKERK Observation. decas Cap. 4.

31) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817.

32) *L. ult. Cod. ubi et apud quem.* RULAND Tr. de commissariis et commissionib. P. I. Lib. III. cap. 19. WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

sächlich Statt³³⁾, weil diesem keine richterliche Gewalt zusteht. Der iudex compedens ist übrigens derjenige, welchem der Beklagte, wider welchen die Restitution gesucht wird, unterworfen ist. Der Regel nach ist daher die Restitutionsklage in foro domicilii des Beklagten anzustellen³⁴⁾. Sie kann jedoch auch zuweilen in foro rei sitae angestellt werden, wenn sie entweder eine actio realis, wie zuweilen die actio rescissoria oder die Restitution der Minderjährigen, oder wenn sie eine actio in rem scripta ist, wie z. B. die actio metus causa, und die Klage wider den dritten Besitzer angestellt wird³⁵⁾. Ob auch in foro contractus die Restitution gesucht werden könne, ist streitig. Voet³⁶⁾ behauptet dieses. Cocceji³⁷⁾ hingegen giebt dies nur in dem Falle zu, wenn die Restitution mit der Klage, die aus dem Contract selbst entspringt, gesucht werden kann. Allein die verneinende Meinung, welche von den meisten Rechtsgelehrten³⁸⁾ behauptet wird, und in der Praxis angenommen

33) *L. ult. Cod. ubi et apud quem.*

34) *L. 2. Cod. ubi et apud quem cognit. restit. in int.*

35) *L. fin. Cod. ubi in rem actio. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. de BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. XV. Th. 8. not. 2.*

36) *Comment. ad Pand. h. t. §. 7. Man sehe auch Iac. Henr. FLEISCHMANN Diss. de foro contractus in actionibus contractum rescindentibus competente. Giessae 1751.*

37) *Iur. civ. contr. h. t. Qu. 5.*

38) *Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustin. Exercit. III. cap. 3. nr. 30. sqq. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. V. Tit. 1. §. 49. in fin. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. unic. Schmidts öffentliche Rechtsprüche IV. Abschn. Resp. 79. §. 1. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 5.*

men ist ³⁹⁾, ist unstreitig gegründeter. Denn es widerspricht dem Wesen dieses Gerichtsstandes, hier, wo nur auf die Erfüllung des Contracts, und desjenigen, was dabey verabredet worden, mit der *actione ex contractu* geklagt werden kann ⁴⁰⁾, eine Restitution darwider zu suchen. Man kann zwar zuweilen mit der Klage, die aus dem Contract entspringt, auf dessen Wiederaufhebung klagen. Allein es findet dieses doch nur dann Statt, wenn die Rescission auf einen gewissen Fall verabredet worden ist. Dies ist nun aber der Fall nicht bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn diese gründet sich auf keine *obligationem ex contractu*, sondern ist ganz gegen den Contract.

Er fragt sich ferner, 2) wie bey der Restitutionsklage das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einzurichten sey? Nach dem römischen Rechte ist es bekanntermaßen streitig, ob man zur Restitution eines zweyfachen Rechtsmittels benöthiget gewesen sey? Die ältern Rechtsgelehrten ⁴¹⁾ behaupten es durchgehends, daß nach der rö-

C c 5

mischen

Qu. 5. not. c. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817. not. c. und *Henr. Aug.* KNEISEN Diss. de foro contractus. *Goettingae* 1779. Cap. III. §. 3. sqq.

39) MEVIUS T. II. P. VI. Decis. 72. P. VIII. Decis. 104.

40) *L.* 19. §. 1. *L.* 20. *D. de iudic.*

41) SFORTIA ODDUS de in integrum restitutionibus P. I. Quaest. 33. Art. 1. DUARENUS ad Tit. Dig. de restitut. in integr. cap. 3. ZASIVS ad Tit. Institut. de actionibus pag. 56. GIPHANIUS Antinom. iuris civ. s. Disputat. ad Institut. Lib. IV. Disput. XXXVII. nr. 28. et 29. HAHN Observat. ad *Wesenbecium* Lib. IV. Tit. 2. nr. 5. HUBER Praelect. ud Pandect. h. tit. nr. 4. u. a. m.

mischen Gerichtsordnung zur Restitution ein zweyfach, *iudicium* nöthig gewesen sey, wovon das eine oder das vorbereitende, *iudicium rescindens*, das andere aber, oder die Hauptklage, *iudicium rescissorium* genennt wird. Mittel des erstern habe man bloß um die Aufhebung desjenigen, wodurch man Schaden gelitten, und um die Wiederherstellung des verlohrenen Rechts gebeten. Durch das letztere hingegen, welches erst nach geschעהner Wiederherstellung des nach dem strengen Recht verlohren gewesenen Rechts Statt gefunden, habe man die Sache selbst wieder zu erlangen gesucht, welche einem durch die Läsion entzogen gewesen sey. Dieses habe also die Verhandlung der aus dem durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellten Rechte entspringenden Hauptklage betroffen. Z. B. während meiner Abwesenheit hat Jemand etwas von meinen Sachen *usurcapirt*. Nach der Strenge des Rechts ist hierdurch mein Eigenthum erloschen. Allein da ich aus einer rechtmäßigen Ursache abwesend war, so suche ich deswegen die Restitution. Hier mußte ich vor allen Dingen um Aufhebung der *Usucapion* und Wiederherstellung des verlohrenen Eigenthums bitten. Dieses Gesuch hieß *iudicium rescindens*. Hatte der Prätor mittelst Decrets das Hinderniß meines Klagerchts aus dem Wege geräumt, und ich stellte nun die durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellte Eigenthumsklage an, so war dieses das *iudicium rescissorium*. Daß bey diesem zweyfachen, in Ansehung des Gesuchs und der Wirkung von einander ganz verschiedenen Rechtsmittel nach der röm. Proceßform keine Cumulation Statt gefunden habe, sucht Anton Faber ⁴²⁾ umständlich zu erweisen.

42) De Erroribus Pragmatic. Decad. VII. Err. 1.

ten. Die neuern Rechtsgelehrten⁴³⁾ hingegen verwerfen diesen Unterschied gänzlich, und glauben, daß er durch unrichtige Verwechslung dessen, was nach dem ordentlichen bürgerlichen Proceß der Römer bey Anstellung einer jeden Klage in iure. d. i. bey dem Prätor, und was in iudicio, d. i. bey dem iudex pedaneus verhandelt worden, entstanden, und in dem römischen Rechte gar nicht gegründet sey. Sie suchen ihre Meinung aus der römischen Proceßordnung selbst folgendermaßen zu erweisen. Sempronius hat während der Zeit, da Titius in Staatsangelegenheiten abwesend war, etwas von desselben Sachen usucapirt. Titius vocirt ihn nach seiner Zurückkunft in ius, und edirt ihm folgende Klage: *alo rem, quam possides, meam esse iure Quiritium, nec tu usu eam cepisse*. Daß man auf diese Art habe klagen können, ohne erst um die Aufhebung der Usucapion bitten zu dürfen, lehre Justinian⁴⁴⁾. Sempronius excipirt, er habe die in Anspruch

43) *Ger. NOODT* Comment. ad Dig. Tit. Ex quib. caus. maiores pag. 129. *Arn. VINNIUS* select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 10. *Io. Ortow. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 14. *BACHOVIVS* Comm. in prim. Part. Digest. pag. 954. sqq. *DOMPIERRE de IONQUIERES* Specim. cit. h. tit. §. 45. sqq. *Io. Aug. SINNER* Diss. de actione rescissoria. Traj. ad Rhen. 1697. §. 37—39. *BIENER* Histor. iur. civ. de restitut. in integr. Cap. II. pag. 12. *HOFACKER* Princip. iur. civil. T. II. §. 812.

44) §. 5. *I. de Actionib.* Si quis cum Reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usuceperit: permittitur domino, si possessor Reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere: id est, *ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse*.

spruch genommene Sache bona fide und durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht, und solche auch per tempus legitimum besessen, und folglich allerdings usucapirt. Titius replicirt, Sempronius möge immerhin die Sache per tempus lege definitum besessen haben, so sey dieselbe doch nach dem Edict des Prätor nicht für usucapirt zu halten, weil er reipublicae causa abwesend gewesen. Nach dieser Verhandlung der Sache vor dem Prätor sey den Parthenen ehemals ein iudex pedaneus gegeben worden, welcher die Wahrheit und Rechtsmäßigkeit der vorgegebenen Abwesenheit des Klägers untersucht, und nachher den Acten und Rechten gemäß erkannt hätte. Hieraus erhelle, daß mit der Bitte um die Restitution zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden, und beydes uno iudicio verhandelt worden sey. Denn wäre die Aufhebung der Usucapion in einem besondern, von der Anstellung der nach dem strengen Recht verlohrnen Hauptklage verschiedenen iudicio geschehen, und letztere durch ein eigenes Decret restituirt worden, so wären die Worte in der Vindicationsformel: *possessorem usu non cepisse*, ganz überflüssig, und die gewöhnliche Formel: *aiō rem meam esse iure Quiritium*, schon hinreichend gewesen⁴⁵⁾. Nun giebt es endlich noch

45) Man beruft sich noch insonderheit auf den §. 3. *I. eodem*: wo Justinian, ohne der Rescission zu gedenken, sagt: *Plerumque ita permittit Praetor in rem agere, ut possessor dicat, adversarium usu non cepisse, quod usuceperit*. In dieser Stelle macht jedoch das Wort *possessor* Schwierigkeit, weil eine actio in rem nicht von dem Besitzer der Sache, sondern gegen den Besitzer derselben angestellt wird. Man muß also entweder mit DOMPIERRE cit. Specim. de Restitut. in integr. l. t. §. 45. pag. 55. für *possessor petitor* lesen, oder den Ausdruck

possessor

noch Rechtsgelehrten ⁴⁶⁾, welche einen Unterschied machen, ob dasjenige, was man nach dem strengen Rechte verlohren hat, und um dessen Restitution man bittet, eine Sache oder eine Klage sey. In dem ersten Falle erfordere das röm. Recht kein zweyfaches iudicium, sondern hier sey eine einzige Klage, nämlich die actio doli oder metus, hinreichend, um mittelst derselben sowohl die Aufhebung des nachtheiligen Geschäfts als die Restitution der wiederrechtlich entzogenen Sache zu bewirken. In dem letztern Falle hingegen, wenn nach dem strengen Rechte eine Klage erloschen und um deren Restitution gebeten wird, z. B. man ist durch den Dolus eines Andern, oder durch widerrechtliche Gewalt desselben veranlaßt worden, sich eines Anspruchs zu begeben, oder dem Schuldner eine Forderung zu erlassen, oder die Klage ist dadurch erloschen, daß man sie wegen Abwesenheit nicht binnen der gesetzlichen Zeit angestellt hat; in diesen Fällen sey nach dem röm. Rechte ein duplex iudicium nöthig, davon das eine die Imploration um die Wiederherstellung der verlohrenen Klage, das andere aber die von dem Prätor wiederhergestellte Klage selbst zum Gegenstand habe.

Daß sich bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Unterschied zwischen dem iudicio rescindente und rescissorio aus den römischen Gesetzen allerdings vertheidigen lasse,

possessor mit *Ev. otto* in Comm. ad §. 3 I. de action. von dem ehemaligen Besizer und Eigenthümer verstehen.

46) Diese Meinung haben besonders *Sam. de cocceji* in iure civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 3. und desselben Vater, *Henr. cocceji* in Disp. de diversitate rescindentis, ut vocant, et rescissorii indicii, eiusque effectibus. *Frfti ad Viadr.* 1692. zu vertheidigen gesucht.

lasse, habe ich schon bey einer andern Gelegenheit ausführlich dargethan⁴⁷⁾. Wie wenig aber auch mit dem Gesuch um Restitution des verlohrnen Rechts das der daraus entspringenden Klage eigene Hauptgesuch nach dem römischen Rechte in einem Klaglibell habe verbunden werden können, lehrt theils die römische Gerichtsordnung⁴⁸⁾, theils erhellet dieses auch ganz deutlich daraus, weil zuweilen in dem iudicio rescindente nur diejenigen wenigen Tage restituirt wurden, welche dem Kläger zur Anstellung seiner nach dem strengen Recht verjährten Klage noch übrig waren⁴⁹⁾. Mußte nun die restituirte Klage binnen diesen Tagen präcis angestellt werden, so leuchtet es doch wohl in die Augen, daß die Verfolgung des wieder hergestellten Rechts von dem vorhergehenden Gesuche um Restitution des verlohrnen Rechts ganz verschieden gewesen seyn müsse. Dem sey in dessen, wie ihm wolle, so stimmen wenigstens darin unsere practische Rechtsgelehrten mit einander überein, daß es
nach

47) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae Cap. II. Sect. II. (in *Opuscul. iurid.* Fasc. II. pag. 401.) wo auch §. 25. die Gründe des DOMPIERRE geprüft und widerlegt sind.

48) Cit. Diss. de vita pet. R. i. i. §. 24. pag. 474.

49) *L. 26. §. 7. et 8. D. Ex quib. caus. maior. Quum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis. Et ita IULIANUS libro quarto Digestorum scribit: ait enim, rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est. Quoties per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit; ut puta rem tuam possedi, uno minus die statuto in usucapionibus tempore; deinde reipublicae causa abesse coepi; restitutio adversus me unius dici facienda est.*

nach dem heutigen Gerichtsgebrauch jener Weitläufigkeit, welche bey den Römern die ihnen eigene Proceßform nothwendig machte, nicht mehr bedürfe ⁵⁰⁾, sondern beydes das iudicium rescindens und rescissorium in einem einzigen Klagschreiben vorgebracht, und mit der Bitte um Restitution auch zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden werden könne ⁵¹⁾. Der Kläger bittet daher in seiner Klageschrift, ihn wider das nachtheilige Geschäft in den vorigen Stand zu setzen, und den Beklagten dazu rechtlich anzuhalten, wozu er vermöge des dem Kläger wieder herzustellen Rechts verbunden ist.

§. 435.

Wie wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand incidenter gesucht? Wer ist hier iudex competens?

Die Restitution kann nun auch bey Gelegenheit eines schon anhängigen Processes (incidenter) gesucht werden, und dieß kann entweder vor der Sentenz, oder nach dem rechtskräftigen Erkenntniß geschehen. In dem letztern Falle muß man ein Restitutionslibell wider die Sentenz übergeben, und darin um Aufhebung der Rechtskraft

50) Lib. B. de CRAMER Observation. iur. univ. Tom. III. Obs. 889. §. 10. in fine sagt: *Distinctionem remediorum rescindentis et rescissorii ad inanem theoriam pertinere, dudum in praxi forensi explosam.* Man vergleiche noch STRYK Us. mod. Pandect. Lib. IV. Tit. 2. §. 5. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 2. et ibi MÜLLER ad Eundem. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 3. not. n.

51) Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 65. Ein Formular von einer Restitutionsklage findet man bey Ebendemselben §. 1445.

kraft bitten. In dem ersten Falle hingegen wird die Restitution entweder bloß beyläufig wegen einer versäumten Nothfrist, durch Anrufung des richterlichen Amtes, oder vertheidigungsweise gesucht. In diesem letztern Falle kann das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entweder als eine Exception, oder als Replik, oder als Duplik u. s. w. vorgebracht werden⁵²⁾. Daß die Restitution in den vorigen Stand ebenso wohl durch Exception, als durch Klage bewirkt werden könne, lehrt Ulpian⁵³⁾ deutlich, wenn er sagt: *Sed quod Praetor ait, ratum se non habiturum, quatenus acci-*

52) Verschiedene Rechtsgelahrte sind zwar der Meinung, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand nur durch Klage allein, nie aber durch Exception oder Replik bewirkt werden könne. Zwar könne Losprechung von der Klage und nach der nämlichen Analogie auch Entfräftung der Einrede öfters durch die nämliche Ursache bewirkt werden, worauf die Restitution begründet wird, aber deswegen sey die Wirkung der Exception und Replik eben noch nicht Restitution. Man sehe MARANUS in Paratitlis Digestor. h. t. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 812. Ich kann mich jedoch von dieser Meinung nicht überzeugen. Die von mir angeführten Gesetzstellen legen der Exception und Replik, mittelst welcher die Restitution gesucht wird, eben dieselbe Wirkung, wie der Klage, bey. Warum sollte denn auch die erforderliche Cognition der Restitutionsursache nicht eben so gut geschehen können, wenn die Restitution per modum exceptionis, als wenn sie per modum actionis gesucht wird. Die ganze Sache scheint mir daher auf eine unnütze Subtilität hinauszulaufen, zumal da jene Rechtsgelahrte selbst nicht läugnen, daß in beyden Fällen die Vortheile für die Partheyen gleich sind.

53) *L. 9. §. 3. D. quod metus causa.*

accipiendum est, videamus. Et quidem aut *imperfecta* res est, licet metus intervenerit: ut puta stipulationem numeratio non est secuta; aut *perfecta*, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et POMPONIUS scribit, *in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere: in imperfectis autem solam exceptionem*. Sed ex facto scio, cum Campani, metu cui-dam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem, me adsistente, interlocutum esse: *ut sive ACTIONE vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive EXCEPTIONE adversus petentes, non deesse exceptionem*. Wir lernen aus dieser Stelle, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand in zwey Fällen als Einrede vorgebracht werden könne; 1) wenn das nachtheilige Geschäft noch nicht vollzogen ist, und auf dessen Erfüllung geklagt wird ⁵⁴⁾; 2) wenn das Geschäft zwar schon vollzogen ist, der Verletzte aber die Sache, die ihm dadurch entzogen worden, in der Folge wieder erhalten hat. Hier kann er sich gegen den, welcher die Sache vindiciren will, mit der Einrede, welche ihm die Restitutionsursach darbietet; z. B. mit der *exceptione metus*, schützen, wenn er nämlich durch eine ihm widerrechtlich erregte Furcht wäre genöthiget worden, eine Sache zu verkaufen, deren Besitz er nachher wieder erhalten hat ⁵⁵⁾. Daß nun ferner die Wiederherstellung in den vorigen Stand auch mittelst einer Replik gesucht werden

54) Vid. tit. Dig. de doli mali et metus except.

55) POTHIER Pandect. Justin. Lib. IV. Tit. 2. Nr. XIII. Not. f.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

D d

den könne, zeigt eben dieser Ulpian⁵⁶⁾ in einem merkwürdigen Falle, wenn er sagt: Si minor viginti quinque annis detulerit, et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debet, ut Pomponius ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit; et sic in integrum restituere; nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Ein Minderjähriger hatte die rechtliche Bestimmung einer gewissen Angelegenheit auf den Eid seines Gegners ankommen lassen. Dieser war gegen ihn geleistet worden. Demohngeachtet sucht er sein Recht klagend zu verfolgen. Setzt ihm nun der Beklagte die Exception der Eidesleistung entgegen, so muß er diese Einrede durch die Replik entkräften, daß er als Minderjähriger den Eid zugeschoben, und dadurch eine Verletzung erlitten habe. Hierin waren Ulpian und Pomponius einverstanden. Nur darin ging Pomponius zu weit, daß nach seiner Meinung schon die bloße Replik des minderjährigen Alters die Wirkung der Restitution habe, ohne daß ein weiterer Beweis einer durch die geschehene Eidesleistung wirklich erlittenen Läsion erforderlich sey. Zwar wollte Pomponius, wie Anton Faber⁵⁷⁾ ganz richtig bemerkt, eben nicht behaupten, als ob der Minderjährige bloß um seines Alters willen gegen die Eidesleistung zu restituiren sey, wenn er auch gleich dadurch auf keine Weise wäre lädirt worden. Nein! er behauptete nur, es sey genug, wenn der Minderjährige bloß anführe, daß er durch die Eidesleistung seines Gegners eine Verletzung erlitten hätte,

ohne

56) L. 9. §. 4. D. de iureiur.

57) Rational. ad L. 9. §. 4. D. de iureiur. pag. 102.

ohne daß es deshalb einer weitem Cognition des Prätors bedürfe⁵⁸⁾. Dies zeigen die Worte: *et hoc ipso*, (scil. *quod adversario suo iuramentum detulerit*) *captum se dicat*, ganz deutlich an. Nun möchte man zwar glauben, Pomponius habe hierin nicht Unrecht, wenn man erwägt, daß derjenige, welcher seinem Gegner den Eid zuschiebt, nicht nur denselben zum Richter in seiner eigenen Sache macht, sondern daß auch von dieser Eidesleistung der Verlust des ganzen Proceßes abhängt. Dessen allen ungeachtet tadelt Ulpian hierin den Pomponius mit Recht, und hält ihm den allerdings wichtigen Grund entgegen, daß ein Minderjähriger bloß dadurch, daß er sein minderjähriges Alter vorschützt, noch nicht bewiesen habe, daß er verletzt sey. Dies bedarf in den meisten Fällen einer besondern prätorischen Cognition, und es hängt daher erst noch von dem Ausgange derselben ab, ob dem Minderjährigen die als Replik vorgeschützte Restitution wegen des minderjährigen Alters auch wirklich zu statten komme⁵⁹⁾. Zu Ulpian's Zeiten konnte auch diese Untersuchung, ob der Minderjährige verletzt sey, keinem iudex pedaneus überlassen werden; *ex hoc enim Edicto de minoribus nulla propria actio proficiscitur*, sagt Paulus⁶⁰⁾, *sed totum hoc pendet ex cognitione Praetoris*. Daher sagt Ulpian: *plerumque ipsum*

D d 2

Prae-

58) G. DOMPIERRE Specim. cit. Tit. IV. §. 73. in fin. pag. 284.

59) L. 44. D. de Minorib. Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae, *causa cognita*, eiusmodi deprehensa sunt, *ut, si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut, quod habuerunt, amiserunt, aut, quod, acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt*.

60) L. 24. §. ult. D. eodem.

Praetorem debere cognoscere, an captus sit. Nur dann konnte der Prätor einen iudex pedaneus bestellen, wenn die Läsion des Klägers aus den beygebrachten Beweisen ganz liquid, und nur darüber der Streit war, ob derselbe zu der Zeit, da er dem Gegner den Eid zuschob, noch wirklich minderjährig gewesen sey. Hier konnte der Prätor der formulae iudicii, die er dem Iudex vorschrieb, die Replikation des minderjährigen Alters dergestalt beyfügen, daß der bestellte Iudex über deren Wahrheit cognosciren sollte.

Nach der Analogie dieser Gesetze kann nun das Restitutionsgesuch unstreitig auch nach Art einer Duplik vorgebracht werden, um dadurch die Replik des Klägers zu entkräften. J. B. Sempronius giebt sich für des minderjährigen Titius Vormund aus, und schließt mit mir einen Kauf über eine Sache des Minderjährigen. Der Minderjährige genehmiget auch das Geschäft. Nachher klage ich auf die Vollziehung des Contracts. Der Minderjährige excipirt, der Kauf kann nicht gelten, weil Sempronius, der den Contract geschlossen, kein ordentlich bestellter Vormund gewesen. Ich replicire, Beklagter habe aber doch den Contract genehmiget. Da kann er meine Replik durch die Duplik entkräften, daß durch seine Ratihabition der Contract nicht gültig geworden sey, und daß ihm dieselbe auch nicht präjudiciren könne, weil er noch minderjährig sey.

Wenn übrigens die Restitution bloß incidenter gesucht wird, so ist derjenige Richter zu deren Ertheilung befugt, vor welchem der Hauptproceß schwebt. Eine solche Restitution, welche nur incidenter gesucht wird, kann sogar

gar nach dem kanonischen Rechte ⁶¹⁾ ein bloßer Schiedsrichter (arbitrator compromissarius) erteilen, wenn ihm gleich diese Befugniß nach dem Röm. Rechte nicht zu steht ⁶²⁾. Daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch vor einem commissarischen Richter incidenter gesucht werden kann, wenn er überhaupt zur ganzen Sache gesetzt ist, hat keinen Zweifel ⁶³⁾.

§. 436.

Die Restitution ist ein bloß subsidiarisches Rechtsmittel.

Der Prätor hat nun die Restitution nur eigentlich in dem Falle eingeführt, wenn durch kein anderes Rechtsmittel die Läsion gehoben werden kann. Qui enim communi auxilio et mero iure munitus est, sagt Ulpian ⁶⁴⁾, ei non debet tribui extraordinarium remedium. Die Restitution fällt daher, als ein bloß subsidiarisches Rechtsmittel, der Regel nach weg,

1) wenn das Geschäft selbst nach dem strengen Rechte ungültig ist. Z. B. wenn ein Pupill einen Contract geschlossen, wodurch er sich ohne Wissen und Einwilligung seines Vormundes zu etwas verbindlich gemacht hat, so ist der Contract schon an sich ungültig, und daher keine Resti-

D d 3

tution

61) *Cap. 9. X. de Restitut. in integr.* DOMPIERRE cit. Specim. Tit. I. §. 21. COCCYI iur. civ. contr. h. t. Qu. 2.

62) *L. 3. Cod. ubi et apud quem.*

63) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LVII. Medit. 7. Corol. 3. Elaprotz's Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 58.

64) *L. 16. pr. D. de Minorib.*

tution nöthig ⁶⁵⁾). Generaliter enim probandum est, sagt Ulpian ⁶⁶⁾), ubi contractus *non valet*, pro certo praetorem se non interponere.

2) Wenn man mit Hülfe einer andern, Klage das nämliche erhalten kann, was durch die Restitution bewirkt werden soll. Wenn hingegen das ordentliche Rechtsmittel entweder nicht hinreicht, den Verletzten völlig zu entschädigen, oder die Restitution dem Verletzten vortheilhafter ist, weil er dadurch nicht nur auf eine leichtere, sondern auch auf eine vollständigere Art zu dem Seinigen kommen kann, als durch das ordentliche Rechtsmittel; so kann er unter diesen Umständen mit Beyseitsetzung des ordentlichen Rechtsmittels zur Restitution seine Zuflucht nehmen ⁶⁷⁾). Z. B. wenn ein Minderjähriger bey einem Kauf über die Hälfte verletzt worden ist, so kann er Statt des *remedii ex L. 2. Cod. de rescind. vendit.* die Restitution wegen seines minderjährigen Alters suchen, welche ihm den Vortheil gewährt, daß er erstlich des oft sehr schweren Beweises einer wirklich erlittenen Verletzung über die Hälfte des wahren Werths überhoben ist; und dann zweytens, daß nun auch der ganze Kauf aufgehoben wird, dahingegen bey dem *remedio ex L. 2. Cod. de rescind. vendit.* der Beklagte die Wahl hat, ob er die Sache zurückgeben, oder die Läsion vergüten, und soviel, als an dem wahren Werthe fehlt, noch nachzahlen wolle, welche Wahl hingegen bey der prätorischen Restitution wegfällt ⁶⁸⁾). Bey den Minderjährigen findet jedoch überz

65) *L. 16. pr. D. cit. L. 21. §. 3. D. Quod metus causa.*

66) *L. 16. §. 3. D. de minorib.*

67) HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 800.

68) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 8.

überhaupt die Ausnahme Statt, daß wenn selbige auch durch ein anderes Rechtsmittel eben so leicht und sicher zu dem Ihrigen wieder gelangen könnten, ihnen dennoch freysteht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen. Hier von überzeugt uns folgendes Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian ⁶⁹⁾: *Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore ius suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari, iam pridem placuit.* Man hätte glauben sollen, es wäre den Rechten und der Billigkeit gemäßer gewesen, daß der Minderjährige vor allen Dingen seinen Vormund hätte ausklagen müssen, durch dessen üble Verwaltung er um das Seinige gekommen war; zumahl da derselbe während der noch daurenden Vormundschaft mittelst der *actionis negotiorum gestorum utilis* ⁷⁰⁾, nach geendigter Vormundschaft aber mit der *actione tutelae* gar leicht zu seiner Entschädigung hätte gelangen können. Allein dessen ungeachtet rescribiren die Kaiser, es sey bekannten Rechts, daß auch in einem solchen Falle den Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme, ohne daß selbige nöthig haben, zuvor ihren Vormund auszuklagen ⁷¹⁾. Daß dieses Recht auch wirklich schon vor Diocletian und Maximian herrschend gewesen sey,

D d 4

sey,

69) *L. 3. Cod. Si tutor vel curat. intervenerit.*

70) *L. 7. C. Arbitrium tutelae.* Quidquid tutoris dolo vel culpa lata, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint: hoc in tutelae, seu negotiorum gestorum utilitatis iudicium venire, non est incerti iuris.

71) Man vergleiche *Henr. Zach. SPANNUTH* Disput. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum, a minoribus

sey, erbhellet aus folgender Stelle des Ulpian⁷²⁾: POM-
 PONIUS quoque refert libro XXVIII. cum quidam
 heres rogatus esset, fratris filiae complures res dare
 ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, resti-
 tueret eas heredi; et haec, defuncto herede, heredi
 eius cavisset, se restitutam: ARISTONEM putasse,
 in integrum restituendam. Sed et illud POMPONIUS
 adiicit, quod potuit incerti condici haec cautio,
 etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per con-
 dictionem munitus est. Der Fall, welchen hier Ul-
 pian aus des Pomponius Werken zur Entscheidung
 vorträgt, ist folgender. Ein gewisser Testator hatte seinen
 Erben gebeten, mehrere bestimmte Sachen seiner noch min-
 derjährigen Bruders Tochter mit der Bedingung abzulie-
 fern, daß solche wieder an den Erben zurückfallen sollten,
 wenn dieselbe ohne Kinder versterben würde. Der Erbe
 starb bald nachher, nachdem er die Sachen abgeliefert
 hatte. Nichts desto weniger leistet die Fideicommissaria
 wegen der Restitution dieser Sachen dem Erben des ver-
 storbenen Erben Kaution. Diese Kaution war nun ganz
 unnöthig, weil der Erbe, an welchen diese Sache zurückfal-
 len sollten, die Bedingung der Restitution nicht erlebt,
 folglich das Legat nicht auf seinen Erben transmittirt hatte.
 Dessen ungeachtet war doch die geleistete Kaution nicht ipso
 iure nichtig, sie war nur indebite prästirt worden. Allein
 eben darum war die minderjährige Fideicommissaria dadurch
 lädirt. Es entstand daher die Frage, wie ihr zu helfen sey!
 Aristo meint, sie könne die Wiedereinsetzung in den vori-
 gen

ribus adultis petitam, haud remorante, praes. Alb. Phil.

FRICK def. Helmstadii 1796.

72) L. 16. §. 2. D. de minoribus.

gen Stand suchen. Ulpian verwirft dieses Rechtsmittel nicht, sondern fügt nur noch hinzu, daß Pomponius hierbei bemerkt habe, es könne auch mit eben der Wirkung die *condictio indebiti incerti* angestellt werden, welche ihr zustehen würde, wenn sie auch schon *majorum* wäre, weil die Kautio aus einem verzeihlichen Irrthum war geleistet worden ⁷³⁾. Nun meint zwar Dompierre ⁷⁴⁾, es komme hier hauptsächlich auf die wahre Bedeutung des Wortes *adiicit* an, dieses bedeute hier soviel, als *notat*, welchen Ausdruck die römischen Juristen besonders alsdann zu gebrauchen pflegten, wenn sie die Meinung eines andern Rechtsgelehrten tadelten, oder verwarfen. Pomponius habe also den Ariston getadelt, und dadurch zu erkennen gegeben, daß in dem vorgetragenen Rechtsfalle die Restitution nicht Statt finde, sondern *condictio indebiti incerti* angestellt werden müsse. Allein es ist merkwürdig, daß Ulpian sagt: *Sed et illud POMPONIUS adiicit*. Nun zeigen die Worte *Sed et illud* ganz offenbar keinen Tadel, keine Correction, sondern vielmehr eine Ampliation an, wie schon Anton Faber ⁷⁵⁾ bemerkt hat. Mehreren Schein würde des Dompierre Erklärung haben, wenn Ulpian gesagt hätte: *Sed POMPONIUS adiicit*. Allein auch alsdann würde dieser Erklärung immer noch entgegen seyn, wenn Ulpian sagt: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere*; soll also die Restitution nur dann wegfallen, wenn das Geschäft des Minderjährigen *ipso iure* nichtig ist, so muß wohl in dem entgegen ge-

D d 5

setzen

73) *L. 1. princ. D. ut in possess. legator.*

74) *Specim. de Restitut. in integr. Tit. I. §. 31.*

75) *Rational. ad L. 16. §. 2. D. de minorib.*

setztem Falle, da nämlich das Geschäft des Minderjährigen dem strengen Rechte nach besteht, nach der Meinung des Ulpian^s und Pomponius die Restitution, und die dem Minderjährigen der Entschädigung wegen zustehende ordentliche oder personal Klage elective concurriren, folglich demselben die erstere zu suchen frey stehen, wenn er auch gleich durch die letztere eben so gut zu dem Seinigen gelangen könnte, wie auch die Kaiser Diocletian und Maximian in dem oben angeführten Rescript ganz deutlich verordnet haben ⁷⁶⁾).

§. 437.

Findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch bey negotiis bonae fidei Statt?

Die Restitutionen sind bey den Römern ihrem Ursprunge nach eigentlich wegen derjenigen Contracte eingeführt worden, die man *stricti iuris* nannte, und wurden daher hauptsächlich alsdann gebraucht, wenn man in einem solchen Contract war verletzt worden. Denn hatte man in einem *contractu bonae fidei* Schaden gelitten, so konnte man sich mit der Contractsklage helfen, und mittelst derselben nicht nur auf Schadensersatz, sondern auch sogar auf Nichtigkeit des ganzen Contracts klagen ⁷⁷⁾). Die Römer sahen bey den Contracten dieser Art vorzüglich auf Billigkeit, und leg-

76) Daß dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß sey, bezeugen MEVIUS P. III. Dec. 29. P. V. Decis. 206. und P. VII. Decis. 286 und WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264.

77) *L. 11. §. 5. D. de action. empti vend.* Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, *ex empto competere actionem ad resolvendam emtionem*, et praetio restituto mulier reddatur.

ten diejenigen Bestandtheile dabey zum Grunde, welche Verträge nach dem Rechte der Natur haben müssen. Bey diesen Contracten war also eigentlich keine Restitution nöthig, sie waren vielmehr schon an sich nichtig, wenn sie durch einen Betrug des andern Theils, oder durch widerrechtlich erregte Furcht waren veranlaßt worden. Daher sagt Ulpian⁷⁸⁾: in contractibus bonae fidei doli praestatio inest. Es war nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Einrede gegen die Gültigkeit des Contracts zu ersuchen, oder derselben in iure einige Erwähnung zu thun, sie konnte erst bey dem Juxer pedaneus vorgebracht werden, welcher darauf Rücksicht nehmen mußte, weil er bey den bonae fidei iudiciis durch die ihm vom Prätor vorgeschriebene Formel überhaupt angewiesen war, den Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden⁷⁹⁾. Ganz anders war es bey den contractibus stricti iuris. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags so sehr von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, auch zu den Bestimmungen desselben nicht gehörte. Hatte man sich also wegen einer etwa besorglichen Läsion, z. B. wegen des Betrugs, nicht ausdrücklich vorgesehen, so fand nach dem Civilrecht keine Klage Statt, sondern der Verletzte mußte hier zur prätorischen Rechtshülfe seine Zuflucht nehmen. Nach dem Civilrechte hatte die Läsion, wenn sie auch durch einen dolum causam dantem oder metum iniustum war verursacht worden, auf einen contractum stricti iuris gar keinen Einfluß, nach den Gesetzen war der

Con-

78) *L. 152. D. de Reg. iur.*

79) §. 30. *I. de action.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 14. nr. 32. et 33. Mein Commentar IV. Th. §. 310. S. 253.

Contract vielmehr ganz gültig, der Prätor mußte ihn also durch Mittheilung einer Klage oder Einrede, um deren Formel der Verletzte bitten mußte, erst entkräften, so daß also bey den *contractibus stricti iuris* die Hülfe des Prätors, wie *Averanius* ⁸⁰⁾ sagt, eben das leistete, was die Natur eines *bonae fidei contractus* schon mit sich brachte. In der Folge hat man jedoch auch bey den *contractibus bonae fidei* die Restitution zugelassen, wenn diese entweder vortheilhafter, als die Contractsklage, war, oder daß ordentliche Rechtsmittel zur Entschädigung des Klägers nicht hinreichte; z. E. der Käufer hatte die durch den widerrechtlich erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache schon wieder an einen Dritten, welcher in *bona fide* war, veräußert. Gegen diesen Dritten Besizer konnte nicht *ex contractu* geklagt, sondern nur die Restitution *ex causa metus* gesucht werden ⁸¹⁾. Um so weniger läßt sich der heutige Gebrauch der Restitutionen bezweifeln, wenn es gleich in Teutschland keine römischen *contractus stricti iuris* mehr giebt, sondern alle Contracte nach der Billigkeit beurtheilt werden ⁸²⁾. Ueberdem findet ja auch in solchen Fällen die Wiedereinsetzung Statt, da man nicht durch ein geschlossenes Geschäft, sondern bloß durch Verabsäumung einer Frist, von welcher der Verlust unsers Rechts abhieng, verletzt worden ist, wenn uns nämlich dabey keine eigene Schuld zur Last fällt ⁸³⁾.
Denn

80) cit. loc. nr. 34.

81) *L. 3. 4. 5. 7. 8. et 12. Cod. de his, quae vi, metusve caus. gesta sunt.*

82) *G. Diss. de vitæ petendae restitutionis in integr. praetor. P. II. §. 35. (Opusc. meor. Fasc. IV. pag. 65.)*

83) *L. 16. D. Ex quib. caus. maior. L. 203. D. de Reg. iur.*

Denn wer sich freylich durch beharrlichen Ungehorsam den Verlust seiner Sache zugezogen hat, hat auf das Gesuch der Wiederherstellung keinen Anspruch ⁸⁴⁾. So wie denn auch dasselbe gegen ein Erkenntniß nicht Statt findet, wodurch das Restitutionsgesuch rechtskräftig abgeschlagen worden ist ⁸⁵⁾; obwohl gegen ein solches Erkenntniß appellirt werden kann, solange es die Rechtskraft noch nicht erreicht hat ⁸⁶⁾.

§. 438.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt jederzeit eine Läsion voraus.

Wer nun die Restitution in den vorigen Stand suchen will, muß eine wirkliche Läsion erlitten haben, und zwar muß diese Verlegung 1) aus dem Geschäft selbst entstanden seyn, gegen welches die Wiedereinsetzung gesucht wird ⁸⁷⁾. Wenn selbige also von bloß zufälligen Umständen herrührt, so findet dagegen der Regel nach keine Restitution Statt; es wäre denn, daß Jemand durch Zufall wäre verhindert worden, sich seines Rechts zu bedienen, in diesem Falle kann die Restitution ex clausula Praetoris gene-

84) *L. B. a* WERNHER. observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 374. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXXIII. med. 2. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decis. P. II. Decis. 81. nr. 5. et 8. pag. 353.

85) *L. 1. Cod. Si saepius restitut. in int. postul. Cap. ult. X. de in int. restitut.* DOMPIERRE h. tit. §. 34.

86) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 818.

87) *L. 11. §. 4. et 5. D. de Minorib.* Cramers Nebenstunden Th. 116. Nr. V.

generali gesucht werden⁸⁸⁾, wovon zu seiner Zeit ein mehreres. 2) Die Läsion muß von einiger Erheblichkeit seyn. Dies ist wenigstens nach der Praxis außer Zweifel⁸⁹⁾. Nur in der Theorie ist es controvers, ob nicht auch wegen einer ganz geringen Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrte⁹⁰⁾ tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, und diese Meinung hat theils den Ausspruch des Callistratus⁹¹⁾ für sich, welcher sagt: *ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat*; wodurch also die Restitution wegen einer ganz geringen Läsion nur hypothetisch ausgeschlossen wird; theils scheint ihr auch die bekannte Regel: *iustitia ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis debet aestimari*⁹²⁾, ein nicht geringes Gewicht zu geben⁹³⁾. Allein dagegen verdient in Erwägung gezogen zu werden, daß es hier in den meisten Fällen auf

88) WERNHER *Observat. for.* Tom. I. P. II. Obs. 390. nr. 1.

89) *Sfort. ODDUS de Restitut. in integr.* P. I. Quaest. 4. Art. 12. et 13. COVARRUVIAS *Var. Resolut.* Lib. I. cap. 3. nr. 11. LAUTERBACH *Colleg. Pand. h. t.* §. 19. VOET *ad Pandect. h. t.* §. 11.

90) NOODT *Comm. ad Pandect. h. t.* pag. 105. SCHULTING *Enarrat. part. pr. Digest. h. t.* §. 7. *de cocceji iur. civ. contr. h. t.* Quaest. 9. EMMINGHAUS *ad Eundem not. f.* und DOMPIERRE *de IONQUIERES Specim. de Restitut. in integr. h. t.* §. 32.

91) *L. 4. D. h. t.*

92) IULIANI *Epitom. Nov.* 69. *L. 22. D. de damno inf. Pr. I. de vi bonor. raptor.* §. 16. *I. de Rer. divis.*

93) *Id. Ort.* WESTENBERG in *Divo Marco. Diss.* XXXIX. §. 30.

auf die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts ankommt, und daß schon darum nicht um jeder kleinen Läsion willen eine Restitution ertheilt werden kann, weil sonst wegen des oft sehr ungewissen Werths der Dinge die Prozesse bis ins unendliche vervielfältiget werden würden. Es läßt sich daher in dieser Rücksicht mit Recht behaupten, daß die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts insgemein mit einem grösseren Nachtheil verknüpft seyn würde, als derjenige ist, welchem durch die Restitution abgeholfen werden soll, wenn diese um einer jeden kleinen Verletzung willen gesucht werden könnte ⁹⁴⁾ Sodann aber fehlt es auch wirklich an Gesetzen ⁹⁵⁾ nicht, welche uns von der Wahrheit überzeugen, *minimam rem non curare Praetorem* ⁹⁶⁾. Ob übrigens die

94) Ich muß hierbey bemerken, daß man die *L. 4. D. h. t.* gewöhnlich aus der *L. 21. D. de Except.* zu erklären sucht, wo *Neratius* sagt: *Rei maioris pecuniae praeiudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel aliqua ex parte communis est quaestioni de re maiori.* Allein daß diese Stelle nicht hierher gezogen werden könne, und daß der Ausdruck *praeiudicium fieri* in der Lehre von *Exceptionen* eine ganz andere Bedeutung habe, als das Wort *praeiudicare*, welches *Callistratus* braucht, hat schon *Iac. RAEVARDUS* de *Praeiudiciis* Lib. II. cap. 7. et 8. (*Oper. Tom. II. pag. 763. edit. Lugdun. 1623.*) gezeigt. Die Worte in der *L. 4. D. h. t. si maiori rei vel summae praeiudicetur*, wollen also, wie *Rävarb* pag. 767. selbige erklärt, so viel sagen: *si propter rem minimam facta restitutio noceret rei maiori.*

95) *L. 9. pr. L. 49. D. de Minorib. L. 9. 10. et 11. D. de dolo malo, L. 54. D. de contrah. emt.*

96) Mit mir stimmen überein *DUARENUS* Comm. ad h. t. Cap. 4. *BACHOVIVS* ad *Prota Pandect. h. t. pag. 946.* *HUBER* *Eunom. Rom. pag. 184.* *WISSENBACH* *Excercitat. ad Pandect. Disp. XIII. Th. 4.*

die erlittene Läsion von Erheblichkeit sey, oder nicht, muß der Beurtheilung des Richters billig überlassen werden, welcher jedoch, wie Voet⁹⁷⁾ sehr richtig bemerkt, die Läsion nicht an sich sondern immer in Vergleichung mit dem Geschäft, aus welchem sie entstanden ist, betrachten muß, weil zuweilen eine an sich nicht unerhebliche Läsion doch in Vergleichung gegen das sehr wichtige Geschäft, aus welchem sie herrührt, für ganz unbedeutend zu halten ist. 3) Die Läsion muß dem zu Restituirenden ohne seine Schuld wiederfahren seyn. Jedoch wird ein Minderjähriger auch dann restituirt, wenn er gleich durch seine Unvorsichtigkeit in Schaden gerathen ist⁹⁸⁾. 4) Die Läsion muß endlich nicht nur angeführt, und, worin sie bestehe, deutlich ausgedrückt⁹⁹⁾, sondern auch im Lägungsfalle bewiesen werden. Dieser Beweis liegt auch einem Minderjährigen ob, wenn er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht¹⁰⁰⁾; wofern nicht das von demselben unternommene Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weitem Beweis einer Läsion, schon an sich in die Augen leuchten¹⁾.
Dahin

Th. 4. STRUV Evolution. controversiar. h. t. Th. 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 12. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 808.

97) Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

98) *L. 44. D. de minor.* FRANTZKIUS Comment. in Pandect. h. t. nr. 19. et 20.

99) *L. B. a* WERNHER Observat. for. T. II. Part. VIII. Obs. 400.

100) *L. 7. §. 3. D. de minorib. L. 9. §. 4. D. de iureiur. L. 5. pr. Cod. de in integr. restit. minor.*

1) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 82. MEVIUS Decis. T. II. P. VII. Decis. 287. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 816.

Dahin gehört, wenn der Minderjährige sich eines Rechts begeben, oder eine Erbschaft ausgeschlagen, oder eine Bürgschaft übernommen, oder sich am Beweis versäumt hat ²⁾).

Hieraus läßt sich nun noch die Frage entscheiden, ob gegen letzte Willensverordnungen eine Restitution gesucht werden könne? Unser Verfasser verneinet sie mit Recht. Es lassen sich nur zwey Fälle gedenken. Entweder der Testirer selbst wollte Restitution suchen, oder derjenige, welcher im Testament ist ausgeschlossen worden. In dem ersten Falle ist darum keine Restitution nöthig, weil der Testirer eigentlich nicht sagen kann, daß er lädirt sey. Denn er kann ja seinen letzten Willen zu jeder Zeit wieder ändern, und überdem ist ein solches Testament schon an sich nichtig, wozu der Testator durch Betrug verleitet, oder durch widerrechtliche Gewalt gezwungen worden ist ³⁾. In dem letztern Falle ist entweder ein Notherbe, oder ein anderer ausgeschlossen worden. Letzterer hat gar kein Recht sich zu beschweren, wenn ihn der Testirer selbst ausgeschlossen hat; hatte ihn der Erblasser einsetzen wollen, allein ein Dritter hinderte denselben an der Errichtung eines Testaments, so kann er nur gegen diesen mit der *actione in factum* auf das Interesse klagen. Der Notherbe hingegen hat entweder die Ausschließung verdient oder nicht. Im erstern Falle findet überhaupt keine Beschwerde Statt; in dem letztern hingegen fehlt es nicht an

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. IV. Tit. 4. §. 13. und *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de minore contra aditam hereditatem circa probationem laesionis in integrum restituendo. *Tübing.* 1776.

3) ODDUS de Restitut. in integr. P. I. Qu. XVII. Art. 6. nr. 53. LAUTERBACH c. I. §. 2.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

an andern Rechtsmitteln, um das Testament anzufechten, wovon wir im 2. Tit. des 5. Buchs handeln werden.

§. 439.

Wie lange kann die Restitution gesucht werden?

So viel hiernächst die Zeit anbetrifft, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie mittelst Anstellung einer Klage gesucht, oder ob das Gesuch um Restitution als Exception, oder als Replik, oder als Duplik vorgebracht wird.

1) Wenn die Restitution *per modum actionis* gesucht wird, so mußten, was

A) die prätorischen Restitutionen anlangt, diese nach dem Pandectenrechte innerhalb eines anni utilis gesucht werden. Paulus ⁴⁾ giebt uns von dieser kurzen Dauer der Restitutionsklagen des Prätors den Grund an, *quia contra ius civile dantur*. Dieser Grund ist nun freylich wohl wichtiger, als der, welchen Justinian ⁵⁾ anführt, nämlich weil das Amt des Prätors nur ein Jahr gedauert habe. Denn daß diese einjährige Amtsverwaltung auf die Verjährung der prätorischen Klagen keinen Einfluß gehabt habe, ist schon von Carl Ferdinand Hommel ⁶⁾ hinlänglich erwiesen worden. Ein *annus utilis* war übrigens ein solches Jahr, welches aus 365 diebus utilibus d. i. solchen Tagen bestand, an welchen man ungehindert vor Gericht klagen

4) *L. 35. in fin. D. de obligat. et action.*

5) *Princ. I. de perpet. et temp. act.*

6) *Prolus. cur actiones praetoriae annales sint? Lipsiae 1756.*

gen konnte⁷⁾. Zählte man nicht bloß die Gerichtstage, sondern alle Tage, ohne Unterschied, so wie sie in der natürlichen Ordnung aufeinander folgten, sie mochten Gerichtstage oder Gerichtsferien seyn, so hieß ein solches Jahr, daß aus 365 diebus continuis, i. e. naturalibus, et sine interruptione currentibus, bestand, ein *annus continuus*⁸⁾. Der *annus utilis* war nun nach dem alten römischen Rechte der Restitution der Minderjährigen eben so gut⁹⁾, als der Majorennen vorgeschrieben¹⁰⁾, nur diejenige war ausgenommen, welche den Gläubigern wegen der *Capitisdeminution* ihres Schuldners ertheilt wurde, denn diese konnte binnen 30 Jahren gesucht werden¹¹⁾. Nach und nach wurde jedoch der *annus utilis* bey den prätorischen Restitutionsen abgeschafft, und Statt desselben ein *tempus continuum* eingeführt. Den Anfang machte Kr. Constantin der Große bey der Restitution *ex causa doli*. In Ansehung derselben verordnete er in der *L. un. Cod. Theodos. de dolo malo*¹²⁾, daß die *actio doli* binnen einem Jahre, und

§ c 2

zwar

7) Was es heißt: *experiundi potestatem habere*, erklärt Ulpian *L. 1. D. de divers. tempor. præsript.*

8) Von der Eintheilung der Zeit in *tempus continuum* und *utile* habe ich an einem andern Orte dieses Commentars (3. Th. §. 269. S. 496. folg.) gehandelt.

9) *L. 19. L. 39. pr. D. de minorib.*

10) *L. 4. §. 1. D. Quod metus causa. L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 6. D. de alienat. iud. mut. caus. L. 1. pr. L. 6. §. 14. D. Quae in fraud. credit. facta. L. 8. Cod. de dolo malo.*

11) *L. 2. §. fin. D. de cap. minut.*

12) Tom. I. Lib. II. Tit. 12. in des Iac. GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theodos.

zwar *intra continuum tempus anni*, von Zeit des begangenen Betrugs an gerechnet, angestellt, der Proceß aber von dem Tage an, da die Klage impetrirt worden, längstens binnen zwey Jahren (*intra continuum biennium*) entschieden werden sollte. Der Kr. Constantin setzte also eigentlich bey der *actione doli* eine doppelte Zeitfrist fest, ein *continuum tempus anni* zur Anstellung oder Impetrirung der Klage, und ein *biennium continuum* zur Endigung des Processes. Dies erhellet aus den Worten der Constitution ganz deutlich: *Optimum duximus*, so lauten die Worte im theodosianischen Codex, *non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utile tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, intra continuum tempus anni eis, quibus esse decertandi ius invenitur, huiusmodi actionem causa cognita deferri; — — ita ut impetrata doli actione lis, ad suum iudicem translata, intra bienni spatium decidatur, ratione temporis custodita, cum legitime fuerit apud suum iudicem coepta. Perpetuo vero silentio conquiescat, nisi ex die, quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium, quod sequitur, omnis lis fuerit decisa.* Allein nach der Interpolation des Tribonianus, muß die *actio doli* *intra continuum biennium* angestellt, und geendiget werden, wie aus der *L. 8. Cod. Iust. de dolo malo* erhellet. Noo d t¹³⁾ glaubt zwar, daß auch im theodosianischen Codex statt *intra continuum tempus anni* gelesen werden müsse *intra continuum tempus biennii*; allein die oben angeführten Worte: *nisi ex die, quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium, quod sequitur, omnis lis fuerit decisa*, zeigen deutlich an, daß, außer der zweyjährig

13) Commentar. ad Digesta h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 106.)

jährigen Frist, noch eine andere, von derselben verschiedene Zeit, gesetzt war, binnen welcher die *actio doli* impetrit, und *causa cognita* ertheilt werden mußte ¹⁴⁾. Daß übrigenß die *L. 8. Cod. Iust.* ihrer Interpolation ungeachtet der *L. un. Cod. Theodos.* vorgehe, bedarf kaum einer Erinnerung. Eben dieser Constantin hob nachher auch bey der Restitution der Minderjährigen den *annum utilem* auf, und verordnete in der *L. 2. Cod. Theod. de integri restitut.* daß Minderjährige in Rom und dem zur Stadt gehörigen District (*intra centesimum urbis Romae miliarium*) binnen 5, in Italien binnen 4, und in den Provinzen binnen 3 Jahren Restitutionen suchen sollten, und alle diese Zeitfristen sollten *tempora continua* seyn, und mit dem ersten Tage des 26. Jahrs ihren Anfang nehmen ¹⁵⁾. Justinian fand jedoch diesen Unterschied des Orts, den Constantin machte, eben so ungereimt, als die mit so vielen Schwierigkeiten verknüpfte Berechnung des *anni utilis* unnütz ¹⁶⁾. Er hob daher beydes in der *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restitut.* bey den Restitutionen auf, und verordnete, daß Minderjährige ohne allen Unterschied des Orts, eben so wie Majorenne, und zwar letztere in den Fällen, wo bis dahin der *annus utilis* noch im Gebrauch war, nun binnen vier Jahren Restitution suchen sollten, so daß in diesem Zeitraum alle Tage, so wie sie auf einander folgen, sie mögen Gerichtsta-

Ge 3

ge

14) Die Meinung des NOODT habe ich in meiner Diss. de vita petendae restitutionis in integr. praetoriae Part. alt. Cap. III. §. 28. not. 18. (*Opusc. Fasc. IV. pag. 15.*) widerlegt.

15) Man sehe über die *L. 2. Cod. Theodos. de integri restitut.* meine Diss. de vita pet. rest. i. integr. praetor. §. 29.

16) Wie viel Streitigkeit oft die Berechnung des *anni utilis* verursacht habe, erzählt Justinian *L. 1. Cod. de annuli except.*

ge seyn oder nicht, gezählet werden sollten. Verschiedene Rechtsgelehrte ¹⁷⁾ wollen zwar behaupten, daß Justinian nur bey der Restitution der Minderjährigen, und derjenigen, welche der Abwesenheit wegen gesucht werden kann, eine vierjährige Zeitfrist vorgeschrieben habe, dahingegen bey den übrigen Satzungen der Restitution, welche den Volljährigen z. B. *ex causa metus*, oder ob *alienationem iudicii mutandi causa factam* ertheilet wird, der *annus utilis* beygehalten worden sey. Allein diese Meinung scheint mir sowohl der Absicht des Gesetzgebers, als den Worten des Gesetzes ganz entgegen zu seyn. Justinian sagt: *Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia et in aliis provinciis, quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est.* Diese Worte sind ganz generell, und gehen unstreitig auf alle Arten der prätorischen Restitutionen, bey welchen bis auf Justinian's Zeiten der *annus utilis* noch im Gebrauch war. Sollte nun Justinian dennoch bey einigen prätorischen Restitutionen den *annum utilem* haben beygehalten wollen, so müßte er bey diesen die Zeitberechnung des *anni utilis* weniger schwierig und entbehrlich gefunden haben, welches sich aber wohl, ohne eine Ungereimtheit zuzugeben, eben so wenig behaupten, als

17) LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 24. FRANTZKIUS Commentar. in Pandect. h. t. nr. 27. et. 28. SCHULTING Eborat. part. pr. Pandect. h. t. §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815. nr. I. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1004. not. 1.

als mit den Worten des Kaisers: *Supervacuum differentiam anni utilis in integrum restitutionis a nostra re publica separantes*, vereinigen läßt. Noch mehr überzeugen uns von der Absicht des Kaisers, den annum utilem bey der Restitution ganz aufzuheben, folgende Worte: **Quod non solum in minorum restitutionibus** (quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit) **sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur** ad interponendam contestationem, finiendamque litem. Da hier der Kaiser von der Restitution der Minderjährigen und Volljährigen überhaupt redet, so muß es auch in Beziehung auf das Vorhergehende gleichviel seyn, ob die Restitution von den letztern wegen der Abwesenheit, oder wegen eines widerrechtlich erlittenen Zwangs, oder wegen einer nachtheiligen Veräußerung gesucht wird. Nun gedenkt zwar der Kaiser in den nachfolgenden Worten der Restitution wegen der Abwesenheit ausdrücklich: **Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiat, et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio**; allein es geschieht dieß bloß beyspielsweise, so wie Kr. Gordian ¹⁸⁾ bey der actione doli ebenfalls bemerkt, daß die Zeit nicht mit gerechnet werden soll, da der Betrogene reipublicae causa abwesend gewesen. Es würde also ganz gegen die Absicht des Kr. Justinian's streiten, wenn man aus diesem Grunde seine Constitution bloß auf diejenige Art der Restitution der Volljährigen einschränken

C e 4

woll:

18) L. 3. Cod. de dolo malo.

wollte, welche der Abwesenheit wegen ertheilet wird ¹⁹⁾. Dahingegen gehen nun aber diejenigen Rechtsgelehrten ²⁰⁾ offenbar zu weit, welche die Verordnung des R. Justinian's auch auf die *actionem doli* erstrecken wollen, bey welcher schon R. Constantin den *annum utilem* abgeschafft hatte. Denn daß die *L. ult. Cod. de dolo malo* durch die *L. fin. Cod. de temp. restitut. in integr.* nicht aufgehoben sey, erhellet schon daraus, weil Tribonian die Verordnung des R. Constantins bey deren Aufnahme in den Justinianischen Codex wesentlich verändert; und daß vom Constantin, statt des ehemaligen *anni utilis*, verordnete *continuum tempus anni* in ein *biennium continuum* verwandelt hat, welches gewiß nicht geschehen wäre, wenn nicht diese Verordnung als anwendbares Gesetz gelten sollte ²¹⁾. Ich habe hier noch folgendes zu bemerken.

1) Es giebt prätorische Restitutionsklagen, die nur insofern an die gesetzlich vorgeschriebene kurze Zeitfrist gebunden sind, als der Kläger zugleich einen gewissen Vortheil dadurch zu erlangen sucht, welchen die Gesetze als Strafe des Beklagten wegen seines Ungehorsams, oder begangenen Dolus,

19) Man sehe WISSENBACH Commentar. ad *L. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* pag. 128. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 37.

20) *Ulr. HUBER* Praelect. ad Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 9. *Petr. de GREVE* Exercit. ad Pandect. loca difficil. Exerc. V. §. 16. pag. 129. *Io. Ortow. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 18. et Tit. 3. §. 32.

21) *G. NOODT* Comment. ad Dig. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 105.) *DOMPIERRE* cit. Specim. Tit. de dolo malo §. 32. pag. 184. und meine Diss. de vita pet. restit. in integr. Cap. III. §. 30. (*Opusc.* Fasc. IV. pag. 30.)

luß, oder wegen des wenigstens daran genommenen Antheils verordnet haben; ausserdem aber perpetuirlich sind, d. i. dreißig Jahre dauern, in sofern nämlich der Kläger dadurch bloß seine Entschädigung sucht, oder seine Absicht bloß darauf gehet, daß der Beklagte einen unbilligen Gewinn herausgebe. Dies ist

a) der Fall bey der *actione metus*. Diese Klage dauert 30 Jahr, wenn die durch Furcht abgezwungene Sache noch vorhanden, oder der Beklagte wenigstens dadurch bereichert ist, der Kläger aber weiter nichts, als seine Entschädigung, verlangt²²⁾. Insoweit ist es auch gleichviel, der Beklagte mag an der unerlaubten Handlung, wodurch dem Kläger das Seinige mit Gewalt entzogen worden ist, Antheil genommen haben, oder nicht²³⁾. Allein nach dem römischen Rechte hat die *actio metus* noch die besondere Eigenschaft, daß der Beklagte, auch selbst der *bonae fidei possessor*, zum vierfachen Ersatz verurtheilt werden kann, wenn er die richterliche Sentenz nicht gutwillig befolgt²⁴⁾; und ein *maiae fidei possessor* den Werth ersetzen muß, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist²⁵⁾. Soll diese Verurtheilung Statt finden, so mußte die Klage ehemals *intra annum utilem* angestellt werden²⁶⁾; und auch nur in dieser Rücksicht ist sie nach dem neuern röm. Rechte an eine vierjährige Frist gebunden²⁷⁾. Eben dieß ist

Ge 5

b) von

22) *L. 14. §. 1—3. L. 18. L. 21. §. 1. D. quod metus causa. L. 4. in fin. Cod. eodem.*

23) *L. 14. §. 5. D. eod.*

24) *L. 14. §. 3. in fin. D. eod.*

25) *L. 14. §. 11. D. eod.*

26) *L. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa.*

27) DOMPIERRE cit. Specim. Tit. 2. §. 25. p. 112.

b) von der *actione doli* zu sagen. Diese Klage muß binnen zwey Jahren angestellt werden, in sofern der Kläger will, daß das durch Betrug veranlaßte Geschäft ganz wieder aufgehoben, oder der Beklagte seines begangenen Betrugs wegen zum Schadenersatz verurtheilt werde, wenn er auch gleich dadurch nicht reicher geworden wäre. Allein wenn wegen des Betrugs nicht auf Rescission des Geschäfts, sondern bloß auf Schadenersatz geklagt wird, soweit nämlich der Beklagte durch den Betrug noch bereichert ist, so hat die *actio in factum* Statt, welche 30 ganze Jahre dauert ²⁸⁾. Von dieser Art ist auch

c) die *actio Pauliana*, wodurch die Gläubiger wider jede zu ihrem Nachtheil vom Schuldner vor eröffnetem Concurs vorsehlich unternommene Veräußerung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können. Die Dauer dieser Klage ist nur in sofern in einen vierjährigen Zeitraum eingeschränkt, als sie wider denjenigen angestellt wird, welcher an dem Betrug des Schuldners Antheil genommen hat, und die Gläubiger den Zweck dadurch erreichen wollen, daß der Beklagte verurtheilt werde, wenn er gleich durch die an ihn geschehene Veräußerung nicht reicher geworden ist ²⁹⁾. Wenn hingegen der Beklagte sich durch den Betrug des Schuldners wirklich bereichert hätte, und die Gläubiger weiter nichts verlangen, als daß derselbe diesen unbilligen Gewinn herausgebe, so kann die Paulianische Klage 30 Jahre angestellt werden, ehe sie verjährt ist ³⁰⁾. Hieraus ergibt sich

28) *L. 28. in fin. D. de dolo malo.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 613.

29) *L. 1. D. Quae in fraudem creditor.*

30) *L. 10. §. 24. D. eodem.*

sich zugleich, daß die prätorischen Restitutionen von zweyerley Art sind, indem die wegen derselben anzustellende Klage entweder eine Pönalklage oder eine bloß persecutorische ist ³¹).

2) In einigen Fällen hat Justinian das quadriennium zu Gunsten der Minderjährigen verlängert, wie ich in dem Titel de Minoribus zeigen werde ³²).

3) Die Zeit, da die Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen ihren Anfang nimmt, hat Justinian unverändert gelassen, er verordnet vielmehr ausdrücklich, daß das von ihm bestimmte quadriennium vom dem Tage an gerechnet werden solle, von welchem ehemals der annus utilis zu laufen anfing ³³). Bey der Restitution der Minderjährigen nimmt daher das quadriennium mit dem erstern Tage des 26. Jahrs seinen Anfang. Bey der Restitution der Volljährigen hingegen kommt es auf die Restitutionsursach an. Die bey der Klage wegen des Betrugs vorgeschriebene zweyjährige Frist wird von dem Tage des begangenen Betrugs ³⁴); das quadriennium bey der Restitution wegen erlittenen Zwangs von dem Tage, da die Furcht vorüber, und der Verletzte zu klagen im Stande war ³⁵), bey der wegen der Abwesenheit von dem Tage der Zurückkunft, oder da sonst das Hinderniß gehoben worden, und also

31) Man sehe *Ern. Christ. WESTPHAL* Prog. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetoriis communi. *Halae*. 1760. und meine Diss. de vita pet. R. i. i. Cap. I. §. 5. (*Opuscul. Fasc. II. pag. 289. sqq.*)

32) S. meine Diss. Cap. III. §. 30. (*Opusc. Fasc. III. pag. 33.*)

33) *L. ult. Cod. de tempor. rest. in integr.*

34) *L. 8. C. de dolo.*

35) *L. 4. C. De his, quae vi metusve caus. gesta.*

also Gelegenheit war, die Klage anzustellen, welches auch bey der Paulianischen Klage Statt findet; endlich wegen der Veräusserung, welche iudicii mutandi causa unternommen worden, von dem Tage der geschehenen Alienation an gerechnet³⁶⁾).

4) Ob es nicht auch darauf ankomme, daß derjenige, welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann, zuerst Wissenschaft von der erlittenen Verletzung erhalten haben müsse, ehe die Verjährung der Restitutionsklage ihren Anfang nehmen könne? ist in der Theorie sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten³⁷⁾ behaupten dieses, andere³⁸⁾ läugnen es. Beyde Meinungen haben nicht unerhebliche Gründe für sich. Für die letztere streitet, daß weder Constantin noch Justinian jenes Umstandes bey der Bestimmung der Restitutionszeit gedenken, und daß es bey der Verjährung überhaupt nicht darauf ankommt, ob derjenige, wider welchen verjähret wird, Wissenschaft davon habe, wer seine Sache besitzt, oder nicht³⁹⁾. Dagegen wird nun aber von den erstern eingewendet, daß der ehemalige annus utilis erst von der Zeit zu laufen angefangen, quo primum experiundi potestas fuit⁴⁰⁾. Nun sey hierzu noch nicht genug,

36) *Io. Christ. Koch* Diss. de praescriptione restitutionis in integrum. *Giessae* 1780. §. 3.

37) *ODDUS* Tr. de Rest. in int. P. I. Qu. 20. Art. 4. *FABER* in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 3.

38) *VOET* ad Pandect. h. t. §. 19. *BACHOVIVS* ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. §. 3. *DOMPIERRE* cit. Specim. h. t. §. 39. pag. 49. *KOCH* c. I. pag. 26.

39) *L. ult. in fin. Cod. de praeser. longi temp.*

40) *L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 1. pr. D. Quae in fraud. credit. L. 4. C. de his, quae vi metusve causa.*

genug, daß man unverhindert sey, die Klage anzustellen, sondern man müsse auch wissen, daß man klagen könne⁴¹⁾; *quia, qui nescit*, sagt Cajus⁴²⁾, *is videtur experiundi potestatem non habere*. Dem sey jedoch, wie ihm wolle, so ist es wenigstens in der Praxis anerkannte Wahrheit, daß der Anfang der Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen erst von da an gerechnet wird, wo man von der erlittenen Verletzung Nachricht erhalten hat, und man folglich im Stande gewesen ist, die Restitution zu suchen⁴³⁾. Aus allen diesen erhellet also soviel, daß die Zeit, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen ist, zwar nach dem neuern römischen Rechte in Rücksicht ihres Laufs ein *tempus continuum*, allein in Absicht auf ihren Anfang ein *tempus utile* sey⁴⁴⁾. Endlich ist noch

5) zu bemerken, daß nach der Verordnung des Kr. Justinian⁴⁵⁾ binnen der bestimmten Zeit nicht nur die Restitution gesucht, sondern auch der Proceß über das Restitutionsgesuch geendiget werden soll. Eben dieses verordnete auch Kr. Constantia⁴⁶⁾ bey der Restitutionsklage wegen

41) *L. 2. pr. D. quis ordo in possess. sero.*

42) *L. 6. D. de calumniator.*

43) GAIL Lib. II. Obs. 48. nr. 5. CARPZOV Lib. II. Resp. 96. nr. 12. LEYSER Specim. LX. medit. 5. CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 442. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. II.

44) LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 24. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815.

45) *L. ult. C. de temp. restit. in int.*

46) *L. 8. C. de dolo malo.*

wegen des Betrugs. Um so weniger verdient daher die Critic derjenigen Rechtsgelehrten ⁴⁷⁾ einige Rücksicht, welche in der Verordnung des R. Justinians die Worte *finiendamque litem* für fehlerhaft halten, und statt derselben *ineundamque* oder *inchoandamque litem* lesen wollen. Denn wenn gleich sonst Klagen, die an sich nur temporell sind, durch die Litiscontestation perpetuirt werden ⁴⁸⁾; so ist doch aus den angeführten Constitutionen sowohl, als aus andern Gesetzen ⁴⁹⁾ offenbar, daß die Gesetzgeber von dieser Regel in der Materie von der Restitution abgewichen sind ⁵⁰⁾, Ich kann daher auch der Meinung des Herrn von Cocceji ⁵¹⁾ nicht beypflichten, wenn dieser die Worte *finiendamque litem* nicht sowohl von Endigung des über das Restitutionsgesuch entstandenen Processes, als vielmehr von Erlösung der nicht binnen des gesetzlichen Zeitraums angestellten Restitutionsklage verstehen will. Denn daß die Ausdrücke *finire litem*, *finire causam*, deren sich hier die Gesetzgeber bedienen, von der extinctiven Verjährung einer nicht binnen der gesetzlichen Frist angestellten Klage nicht gebräuchlich sind, bedarf wohl keines Beweises. Soviel ist indessen gewiß,

47) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 10. *ODDUS* Tr. de Restit. in int. P. I. Qu. 19. Art. ult.

48) §. 1. in fin. I. de perpet. et temp. act.

49) L. 5. Cod. de temp. rest. in integr. Clem. un de Restit. in integr.

50) S. DUARENUS Interpretaet. Tit. Cod. de temp. rest. in integr. (in *Operib.* Francof. 1592. edit. pag. 134.) DOMPIERRE h. t. §. 36. und meine Diss. Cap. III. §. 32.

51) Iur. civ. contro. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 5.

gewiß, daß wenigstens heutiges Tages jene Vorschrift des römischen Rechts nicht mehr beobachtet wird ⁵²⁾).

B) Soviel diejenige Restitution anbetrifft, welche nach dem kanonischen Rechte den Kirchen und andern *pils corporibus* zusteht, so muß auch diese binnen vier Jahren gesucht werden. Dieser Zeitraum soll nun zwar nach ausdrücklicher Vorschrift des kanonischen Rechts gleich von Zeit der erlittenen Läsion zu laufen anfangen, es soll auch der Proceß über das Restitutionsgesuch binnen dieser gesetzlichen Frist entschieden werden ⁵³⁾; allein daß dieses heutiges Tages nicht mehr Statt finde, so wie auch, daß das quadriennium nach dem Gerichtsgebrauch erst a tempore cognitae laesionis an gerechnet werde, ist bereits bemerkt worden. Endlich

C) die Restitutiones in integrum civiles anlangend, so ist zwar diejenige Restitution, welche dem Staate und überhaupt einer öffentlichen Corporation, wenn sie bey einem Geschäft Schaden gelitten, nach dem Beyspiel der Minderjährigen zusteht, binnen vier Jahren zu suchen ⁵⁴⁾; allein alle übrige, welche oben (§. 432.) angeführt worden sind, dauern 30 Jahre. Denn in Ansehung derselben ist durch die L. ult. C. de temp. restit. in int. nichts geändert worden, da sich dieses Gesetz ausdrücklich nur auf diejenige Arten der prätorischen Restitutionen bezieht, welchen schon vor Justinian

52) LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 26. HOFACKER c. 1. §. 815. in fin. COCCETTI c. 1.

53) Cap. 1. et 2. h. t. in VI. Clem. un. eod.

54) L. 3. C. de iure reip. L. 4. Cod. quib. ex caus. maior.

nian eine gewisse Zeit vorgeschrieben war, binnen welcher sie gesucht werden mußten ⁵⁵).

§. 439. *

Wie lange kann die Restitution vertheidigungsweise als eine Exception, Replik u. s. w. gesucht werden.

II) Wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *per modum exceptionis* gesucht wird, so ist sie an gar keine gewisse Zeit gebunden, sondern sie kann vielmehr, als Einrede, zu allen Zeiten vorgeschützt werden ⁵⁶). Paulus ⁵⁷) sagt ausdrücklich: *Non sicut de dolo octio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.* Es ist zwar hier nur von der exceptione doli die Rede; allein der Grund, warum diese Einrede beständig dauern soll, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs der Verjährung unterworfen ist, ist allgemein und aus der Natur der Sache überhaupt hergenommen, so daß man keine Ursache hat, daran zu zweifeln, daß auch das nämliche von allen übrigen Arten der Einreden, die wegen der Restitution vorgeschützt werden können, ohne Unterschied anzu-

55) Cocceji iur. civ. contro. h. t. Qu. 1. behauptet zwar, daß die vierjährige Frist sich auch auf die restitutiones in integr. civiles erstrecke. Allein EMMINGHAUS ad *Eundem* not. w. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Man sehe auch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 810.

56) G. KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 6.

57) L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. except.

anzunehmen sey. Demohngeachtet sind viele Rechtsgelehrten ⁵⁸⁾ anderer Meinung. Sie gehen von dem Grundsatz aus, daß Einreden, sofern sie ein Recht des Beklagten betreffen, welches dieser auch klagend hätte verfolgen können, der nämlichen Verjährung, wie die deshalb Statt findende Klage, unterworfen seyen. Gerade dieß ist nun, sagt man, der Fall bey den Einreden der prätorischen Wiedersezung in den vorigen Stand. Bey diesen finde der Grund nicht Statt, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind. Selbige müßten daher, glaubt man, ihrer Natur nach verlohren gehen, wenn der Beklagte die gesetzmäßige Zeit, binnen welcher er sein Recht klagend verfolgen durfte, ganz unbenutzt verstreichen lassen. Es sey also nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen, daß die Einrede des Betrugs perpetuirlich sey, welche ihren Grund darin habe, daß dieselbe von größerem Umfange sey, als die Klage wegen des Betrugs. Denn sie könne einer jeden unbilligen Forderung des Klägers entgegen gesetzt werden, wenn auch kein eigentlicher Dolus begangen worden. Allein wer mit diesem Raisonnement die gründliche Widerlegung des Hrn. Prof. Weber's ⁵⁹⁾ vergleicht, wird nicht leicht jener Meinung seinen Bey-

58) ODDUS cit. Tr. P. I. Qu. 35. Art. 7. SCHILTER PRAX. iur. Rom. Ex. XI. §. 31. MEVIUS P. III. Decis. 333. LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 6. §. 28. *de cocceji iur. civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10.* Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 1. Band §. 129. u. a. m.

59) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück. Nr. I. S. 7 — 13. der zweyten Ausgabe.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

F f

Beifall geben können. An Gesetzen, welche dieselbe unterstützen, fehlt es ohnehin. Im Gegentheil ist in der oben angeführten Stelle des Paulus offenbar von einer solchen Art der Exception die Rede, wo der Beklagte das ihm zustehende Recht auch klagend verfolgen konnte, und es ist darin auch nicht eine Spur zu finden, daß der Grund, warum die Einrede des Betrugs dem Beklagten dennoch vorbehalten bleibt, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs nur temporell ist, aus besondern Verhältnissen, die bloß dieser Einrede eigen wären, hergeleitet werde. Vielmehr erklären auch in andern Fällen die Gesetze Einreden für immerwährend, wenn gleich die Klage, mit welcher der Beklagte sein Recht ebenfalls hätte verfolgen können, nur von kurzer Dauer ist ⁶⁰⁾. Es läßt sich daher wohl mit Grund nicht bezweifeln, daß den Einreden der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Verjährung entgegen gesetzt werden könne, wenn gleich die Zeit, binnen welcher der Beklagte sein Recht klagend verfolgen durfte, bereits gänzlich verstrichen seyn sollte, wenn man zumal erwägt, daß durch die extinctive Verjährung nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen werde ⁶¹⁾; es muß folglich auch wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis

60) *L. 5. C. de except. Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.*

61) *S. h. Prof. Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92. S. 426. folg.*

bis man Gesetze beybringt, welche das Gegentheil verordnen⁶²⁾.

III) Wird die Restitution mittelst einer Replik gesucht, so ist sie der Regel nach eben der Verjährung, wie die Restitutionsklage, ausgesetzt⁶³⁾. Denn die Replik ist, wie Ulpian⁶⁴⁾ sagt, eine Gegeneinwendung des Klägers, wodurch er die Einrede des Beklagten zu entkräften sucht. Diese darf also auf keine Weise dazu gemißbraucht werden, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen⁶⁵⁾.! Aus diesem Grunde verstatten daher die Gesetze nicht einmal den Minderjährigen, das Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Replik vorzubringen, wenn die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung eines Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit noch angefochten werden darf, bereits verstrichen ist, wie Ulpian⁶⁶⁾ in dem bereits oben⁶⁷⁾ vorgekommenen Rechtsfalle lehrt, welcher daselbst ausdrücklich sagt: *praeterea exceptio ista* (daß darunter die Replik des minderjährigen Alters zu verstehen sey, lehrt der Zusammenhang⁶⁸⁾ *statutum tempus post annum*

§ f 2

XXV.

62) Hierin stimmen überein FABER in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 2. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXII. cap. 2. in fin. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 2. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 481. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10. not. y.

63) KOCH cit. Diss. §. 7.

64) *L. 2. §. 1. D. de except. L. 22. §. 1. D. eodem.*

65) Weber in den angeführten Beyträgen. Nr. I. §. 12.

66) *L. 9. §. 4. D. de iureiur.*

67) *§. 435. §. 416.*

68) Es geschieht in den Gesetzen öfters, daß unter dem Ausdruck *exceptio* des Klägers Replik verstanden wird. *§. 3. I. de Repleat.*

XXV. non debet egredi. Eine Ausnahme findet Statt, wenn durch die Replik der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Einrede des Beklagten aus einem Vertrage entkräftet werden soll, wodurch der Kläger demselben eine gewisse Schuld erlassen hat. In diesem Falle kann die Replik ohne alle Einschränkung auf eine gewisse Zeit, mithin immerwährend, vorgeschützt werden. Hierher gehört, wenn der Gläubiger durch Betrug des Schuldners verleitet worden ist, demselben die Schuld zu erlassen, oder eine Quittung auszustellen, daß die Schuld bezahlt sey. Von diesem Falle reden die Kr. Diocletian und Maximian, wenn sie an eine gewisse Helena rescribiren⁶⁹⁾: Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione *de dolo replicare* potes. Der Grund dieser Entscheidung scheint mir nicht, wie Donell⁷⁰⁾ will, darin zu liegen, weil es eben so wenig in der Gewalt des Klägers oder Gläubigers stehe, wenn der Beklagte seine Einrede vorbringt, um sich dagegen mit seiner Replik vertheidigen zu können, als es von dem Beklagten abhänge, wenn er belangt seyn wolle. Denn daraus würde folgen, daß die Replik des Klägers eben so wenig, als die Exception des Beklagten, einer Verjährung unterworfen sey; da es doch allerdings der Kläger in seiner Gewalt hat, wenn er klagen will, um den Beklagten in den Stand zu setzen, seine Einrede gegen die Klage vorzubringen. Perez⁷¹⁾ scheint mir daher die Sache richtiger getroffen zu haben, wenn er den Grund darin setzt, weil durch ein solches Pactum, welches durch den Betrug des Schuldners ver-

ver-

69) *L. 6. Cod. de Except.*

70) *Commentar. ad L. 6. Cod. de Except.*

71) *Praelect. in Cod. Lib. VIII. Tit. 36. nr. 30.*

veranlaßt worden ist, die vorige Klage des Gläubigers nicht aufgehoben wird, sondern noch mit der Wirkung wider den Schuldner angestellt werden kann, daß, wenn der Beklagte die Einrede des Vertrags vorschützt, der Kläger solche durch die Replik des Betrugs entkräften kann⁷²⁾, welche nun hier darum an keine gewisse Zeit gebunden ist, weil die Klage des Gläubigers, der sie gleichsam, wie *Euzajaz*⁷³⁾ sagt, zu Hülfe kommt, perpetuirlich ist. Eben dieses wendet Hr. Kanzler Koch⁷⁴⁾ auch nicht ohne Grund auf die Replik der Restitution wegen der Minderjährigkeit an. Z. B. ein Minderjähriger hat mit seinem Schuldner das Pactum gemacht, daß ihm die Schuld erlassen seyn solle. Gleichwohl klagt nachher der minderjährige Gläubiger auf die Bezahlung der Schuld. Der Schuldner setzt ihm die Einrede des Vertrags entgegen. Hier kann der Kläger in der Replik sich noch immer damit schützen, daß der Vertrag während seiner Minderjährigkeit geschlossen worden sey, wo er noch nicht die freye Disposition über sein Vermögen gehabt; wenn gleich die Zeit, binnen welcher sonst den Minderjährigen nach erlangter Majorennität die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen verstatet ist, bereits verstrichen seyn sollte. Endlich

IV) wenn die Restitution mittelst einer Duplik in Anregung gebracht wird; so ist sie eben so wenig, als die Einrede, in eine gewisse Zeit eingeschränkt⁷⁵⁾.

§ f 3

§. 440.

72) *L. 3. C. de Except.*

73) *Recitat. solemn. ad L. 6. C. de Except.*

74) *Cit. Diss. §. 7. in fin.*

75) *Koch cit. Diss. §. 8.*

§. 440.

Rechtmäßige Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nun endlich auch eine rechtmäßige Ursache voraus, woraus erhellet, daß die Läsion ohne eigene Schuld des Imploranten entstanden sey; oder demselben doch wenigstens den Rechten nach nicht zur Schuld zugerechnet werden könne. Diese Ursachen sind theils in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt, theils unter der allgemeinen Ursache der Billigkeit begriffen. Von beyden ist schon oben (§. 432. nr. 3.) gehandelt worden. Hier bemerke ich mit unserm Verf. nur noch den Unterschied, daß bey einer solchen Restitution, die aus einer bestimmten Ursache gesucht wird, der bloße Beweis der erlittenen Läsion hinreichend ist, ohne noch besonders darthun zu dürfen, daß man dabey außer Schuld sey, weil der Implorant entweder deshalb schon die rechtliche Vermuthung für sich hat, oder, wenn er die Restitution wegen der Minderjährigkeit sucht, ihm seine Uebereilung nicht zur Last gelegt wird. Dagegen muß der Implorant, welcher aus einer unbestimmten Ursache, der bloßen Billigkeit wegen, die Restitution ex clausula Praetoris generali sucht, außer dem Beweis einer erlittenen Verletzung, noch insbesondere darthun, daß er außer Schuld sey.

§. 441.

Wirkung der gesuchten Restitution.

Wenn nun die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten wird, so muß vor der Hand alles in seinem jetzigen

Zu-

ist, erhält nun entweder dadurch sein verlorrenes Recht, oder die ihm entzogene Sache wieder; oder er kann nun das noch thun, was er vor der Restitution zu thun unterlassen hatte ⁷⁹⁾; oder er wird dadurch von einer übernommenen Verbindlichkeit befreiet. Durch die Restitution soll jedoch der Implorant nur aufser Schaden gesetzt werden, allein daß er dadurch gewinne, wollen die Gesetze nicht. Hat also der Verkäufer die Restitution gegen einen nachtheiligen Kauf erhalten, so bekommt er zwar seine Sache wieder, er muß aber auch das erhaltene Kaufgeld zurück geben ⁸⁰⁾. *Qui restituitur in integrum*, so rescribirt Kr. Antonin an einen gewissen *Tatian* ⁸¹⁾, *sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro: et ideo quicquid ad eum pervenit vel ex emtione vel ex venditione, vel ex alio contractu: hoc debet restituere*. Die Früchte der Sache müssen zwar auch restituirt werden ⁸²⁾, jedoch können dagegen auch die Zinsen des Geldes, welches dem andern Theile wieder herausgegeben werden muß, gefordert werden ⁸³⁾; in sofern nicht etwa deshalb eine verhältnißmäßige Compensation

79) *L. 7. §. 11. D. de Minorib.* Item si non provocavit intra diem, subvenitur ei, *ut provocet*; finge enim hoc desiderare. *L. 2. Cod. si ut omiss. heredit. L. 8. Cod. de in int. restitut. minor.*

80) *L. 27. §. 1. D. de minorib.*

81) *L. un. C. de reputationib. quae fiunt in iud. in int. rest.*

82) *L. 23. §. 2. L. 28. §. ult. D. Exquib. caus maior. L. 24. §. 4. D. de minorib. L. 27. §. 1. D. eodem.*

83) *L. 27. §. 1. D. de minorib.* Venditor, qui pretium reddidit, etiam *usuras*, quas ex ea pecunia percepit, aut percipere potuit, reddat; et *fructus*, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat.

tion Statt findet⁸⁴⁾; und eben so sind die auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten zu vergütet⁸⁵⁾, welche nicht auf die von der Sache gezogenen Früchte abgerechnet werden können⁸⁶⁾. Ueberhaupt, sagt Ulpian⁸⁷⁾, muß die Restitution auf eine solche Art geschehen, daß ein jeder das Seinige wieder bekommt. Nur dann ist Implorant seinen Gegner zu entschädigen nicht schuldig, wenn er durch das, was dieser für die zu restituirende Sache gegeben hat, nicht reicher worden ist⁸⁸⁾. Z. B. mir ist die Sache unentgeltlich abgezwungen worden, welche der Extorquent dem Dritten verkauft hat, wider welchen ich die Restitution ex causa metus erhalten habe. Hier muß mir die Sache unentgeltlich herausgegeben werden, wenn gleich der Beklagte in bona fide ist⁸⁹⁾. Ebenso muß den Gläubigern, wenn sie wegen einer zu ihrem Nachtheil geschehenen Veräußerung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten haben, die von dem Schuldner veräußerte Sache mit

§ f 5

den

84) *L. 40. §. 1. D. de minorib.* Praedia patris sui minor annis viginti quinque ob debita rationis tutelae aliorum, quam pater administraverat, in solutum inconsulte debet. Ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est; *usuris pecuniae*, quam constiterit ex tutela deberi, *reputatis*, et *cum quantitate fructuum perceptorum compensatis*.

85) *L. 39. §. 1. D. eodem.* Aufwand zum Vergnügen wird nicht vergütet. *L. 32. §. 5. D. de administr. et peric. tutor.*

86) DOMPIERRE h. t. §. 47. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Lib. IV. Tit. 4. nr. LVI.

87) *L. 24. §. 4. D. de minorib.*

88) *L. 32. §. 4. D. de administr. et peric. tutor.*

89) *L. 23. C. de Rei vindicat. L. 2. Cod. de furt.* LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 2. §. 31.

den Früchten zurück gegeben werden, ohne dem Besitzer dasjenige, was er dafür gegeben, vergüten zu dürfen, wenn nicht etwa das Kaufgeld noch unter dem Vermögen des Schuldners befindlich, oder aber zum Nutzen desselben verwendet worden ist ⁹⁰⁾. Da durch die Restitution die Sache wieder in den Zustand kommt, in welchem sie sich vor dem nachtheiligen Geschäft befand, so wachen nun auch die vorigen Klagen wieder auf, die durch den aufgehobenen Vergleich waren niedergeschlagen worden ⁹¹⁾; so wie auch, wenn ein Minderjähriger gegen eine Expromission in den vorigen Stand gesetzt wird, dem Gläubiger die Klage gegen den vorigen Schuldner wieder zusteht, von welcher er durch die Expromission war befreiet worden ⁹²⁾; wenn gleich diese Klage nur temporell war, sie muß nur aber freylich binnen der Zeit angestellet werden, welche zur Zeit der geschehenen Intercession dem Gläubiger noch übrig war ⁹³⁾. Allein daß dem Gegner die Proceßkosten jederzeit erstattet werden müßten, ist keine nothwendige Folge der Restitution, wie Wernher ⁹⁴⁾ behaupten will; sondern dieses findet nur dann Statt, wenn gegen die Versäumniß einer Nothfrist, oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß die Restitution ertheilt

90) *L. 7. et 8. L. 10. §. 20. L. ult. §. 4. D. Quae in fraud. creditor.*

91) *L. 1. et 2. Cod. Si advers. transact. Vid. Aem. Lud. HOMBERGER zu Vach Diss. de reviviscentia iurium extinctorum. (Marb. 1743.) Cap. II. §. 22. sqq.*

92) *L. un. §. 1. Cod. de Reputation. quae fiunt in iudic. rest. in integr.*

93) *L. ult. D. de minorib.*

94) *Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 113.*

theilt worden ist⁹⁵). Außer diesem Falle ist kein Grund vorhanden, warum das Restitutionsgesuch, welchem sich der Gegner vielleicht aus Ehidane, oder doch ohne hinreichenden Grund widersezt hatte, bloß auf Kosten des Verlegten durchgesezt werden sollte, wenn zumahl die Läsion durch eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, wie bey der Restitution *ex causa metus* oder *doli*, wäre verursacht worden.

§. 443.

In wiefern kommt die Restitution dem Successor des Verlegten zu statten? Wider wen kann dieselbe gesucht werden?

Die Wiedereinsezung in den vorigen Stand ist keine bloß persönliche Rechtswohlthat, die sich nur etwa auf die Person desjenigen einschränkt, welcher die Läsion selbst erlitten hat, sondern sie kommt auch denen zu statten, welche in desselben Rechte eintreten. In dieser Rücksicht kann ich denjenigen Rechtsgelehrten⁹⁶) nicht unrecht geben, welche die Restitution für ein *beneficium reale* halten⁹⁷). Denn sie wird 1) auch den Erben des Verlegten zu Theil⁹⁸), wenn gleich

95 LEYSER Spec. LVII. med. 3.

96) *Petr. de TOULLIEU* Collectan. iur. civ. Diss. XV. pag. 378. sq. SCHMID Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale, an personale. *Ienae* 1777. §. 4. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. Anderer Meinung ist zwar VINNIUS in select iur. Quaestion. Lib. I. cap. 11. Es lassen sich jedoch diese verschiedene Meinungen wohl vereinigen, wie ich in meiner Diss. de vita petendae restitut. in integr. Cap. I. §. 4. (*Opusc.* Fasc. II. pag. 283. sqq.) gezeigt habe.

97) *L. 196. D. de Reg. iur. L. 7. pr. et §. 1. D. de Except.*

98) *L. 6. D. h. t.* Non solum minoris, verum eorum quoque omnium, qui reipublicae causa abfuerunt, item *omnium, qui ipsi*

gleich der Verstorbene sie bey seinem Leben nicht gesucht⁹⁹⁾, auch der Erbe diejenige Eigenschaft nicht hat, wodurch das Recht, Restitution zu suchen, in der Person des Erblassers begründet wurde. Z. B. der Erbe des Minderjährigen kann wegen einer Läsion seines Erblassers die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich für seine Person großjährig ist¹⁰⁰⁾. Es muß nur aber freylich der Verstorbene nicht etwa bey seinem Leben schon erklärt haben, daß er sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen wolle¹⁾, welches jedoch

ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt: et ita saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is, cui hereditas restituta est, sive filii familias militis successor; in integrum restitui poterit. Es ist merkwürdig, daß nach diesem Gesetz, wie die nachfolgenden Worte desselben lehren, auch ein Patron, wenn er einen minderjährigen Freygelassenen seiner begangenen Undankbarkeit wegen in die Sklaverey zurückgezogen, gegen eine von demselben, während seiner Freyheit, geschehene Antretung einer verschuldeten Erbschaft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen konnte, und daß ihm diese Wohlthat auch sogar alsdann zu statten kam, wenn gleich der Freygelassene nicht mehr minderjährig gewesen. Denn da der Patron nicht um der Erbschaft willen, sondern bloß um den Freygelassenen zu bestrafen, sich seines Rechts bedient hatte, so konnte man ihm auch nicht zumuthen, diese Erbschaft zu behalten. C. SCHULTING in Prot. Dig. h. t. §. 4.

99) L. 14. §. 2. *D. Quod met. caus.* L. 5. *Cod. de temp. in int. restitut.* HOFACKER c. I. §. 813.

100) L. 18. §. 5. *D. de minorib.* Non solum autem minoribus, verum *successoribus* quoque *minorum* datur in integrum restitutio, *etsi sint ipsi maiores.*

1) WERNHER *Observat. for.* T. II. P. VII. Obs. 239. nr. 4. LAUTERBACH *Colleg. Pand.* h. t. §. 16.

doch im Zweifel nicht vermuthet wird, und daher von dem Gegner erst erwiesen werden muß²⁾; und dann muß auch bey Lebzeiten des Verletzten die Zeit noch nicht verstrichen seyn, binnen welcher die Restitution gesucht werden muß³⁾. Denn nur die Zeit, die dem Erblasser noch übrig war, kommt dem Erben desselben zu gute, und diese nimmt in dem Falle, da der Erbe noch minderjährig ist, erst mit dem Tage der erlangten Großjährigkeit, bey einem andern Erben aber mit dem Tage, da er die Erbschaft angetreten hat, ihren Anfang⁴⁾. Die Restitutionswohlthat kann ferner 2) cedirt werden⁵⁾. Dies ist erstens in Ansehung derjenigen Restitution, welche den Großjährigen wegen erlittenen Zwangs, oder wegen eines Betrugs, oder wegen der Abwesenheit, oder sonst einer andern Ursache wegen ertheilet wird, ausser allem Zweifel⁶⁾. Wenn ich daher die Sache oder das Recht, in Ansehung dessen ich die Läsion erlitten habe, und wegen welcher mir die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, einem Andern durch Kauf, Schenkung, oder Vermächtniß u. dergl. überlassen habe, so geht auch die Restitutionswohlthat auf denselben über, quia cedens omne ius

2) CARPZOV Respons. Lib. II. Resp. 98. nr. 19. sqq. ist zwar anderer Meinung; allein man sehe SCHMID cit. Diss. §. 6.

3) *L. un. Cod. Si advers. dotem.*

4) *L. 19. D. de minorib. L. 5. Cod. de tempor. in integr. restitut.* KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 3. pag. 24.

5) ODDUS Tr. de Restitut. in int. P. I. Qu. XLIX. nr. 22. STRYK Diss. de iuribus et actionib. non cessabilibus Cap. V. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. nr. IV.

6) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 6.

ius suum in cessionarium transtulisse intelligitur ⁷⁾. Es findet aber auch zweytens die Cession bey der Restitution der Minderjährigen wenigstens in sofern Statt, daß der Cessionar dieselbe als ein Procurator in rem suam suchen kann ⁸⁾. Zu dieser Cession ist sogar der Minderjährige verbunden, wenn er sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und diesen dadurch in Schaden gebracht hat ⁹⁾. Endlich kommt auch 3) die Restitution den Bürgen

7) SCHMID cit. Diss. §. 8.

8) Auf eine solche Art kann also die Cession der Restitutionswohlthat von dem Minderjährigen nicht geschehen, daß der Cessionar deßhalb in eigenem Namen klagen könnte, so wie sonst eigentlich ein Cessionar nach der Verordnung des Kr. Pius actione utili klagen kann, *L. 16. D. de pact.* weil diese Rechtswohlthat in einer besondern Begünstigung des minderjährigen Alters ihren Grund hat. *L. 1. D. de minor.* welcher Grund bey einem Großjährigen wegfällt. *L. 69. D. de Reg. iur.* Allein auf die Art geht die Cession an, wenn der Minderjährige dem Großjährigen Vollmacht giebt, damit dieser im Namen des Minderjährigen, und als ein Procurator in rem suam, die Restitution suche. *L. 24. pr. D. de minorib.* Daher sagt Ant. FABER in Rational. ad h. *L.* ganz richtig, *beneficium restitutionis, quod datur minori, potius mandari, quam cedi*; wie auch die *L. 25. in fin. D. de administr. et peric. tutor.* nicht undeutlich anzeigt. Man sehe *Io. Dan. GRUBER* Diss. de actionibus mandatis. *Halae* 1723. §. 15. und meine Diss. de vita pet. restit. in int. praetor. Cap. I. §. 4. not. 44.

9) *L. 24. pr. D. de minorib.* Zuweilen kann man sich gegen den Minderjährigen mit der exceptione doli helfen, um die Cession seiner Rechtswohlthat von ihm zu erhalten. *L. 25. D. de administr. et peric. tutor.*

gen zu statten ¹⁰⁾, nicht nur wenn der Hauptschuldner solche wirklich erhalten, und hierdurch von seiner Verbindlichkeit befreuet worden ist; weil es widersprechend seyn würde, den Bürgen zu Erfüllung einer Verbindlichkeit anhalten zu wollen, welche nicht mehr vorhanden ist ¹¹⁾; sondern es kann sich der Bürge auch derjenigen Einreden, die dem Hauptschuldner wegen der Restitution zustehen, von selbst bedienen, wenn gleich der Schuldner die ihm deswegen zustehende Restitution weder gesucht hätte, noch suchen wollte. *Rei autem cohaerentes exceptiones*, sagt Paulus ¹²⁾, *etiam fideiussoribus competunt: ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est.* — Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut *pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quodsi deceptus sit in re*, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio; und Marcian ¹³⁾ setzt noch hinzu: *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, etiam invito reo, competunt.* Ein anderes wäre freylich, wenn die ganze Intercession bloß zu dem Ende geschlossen worden, um den Gläubiger auf den Fall zu sichern, wenn sich der Hauptschuldner der Rechtswohlthat der Restitution bedienen sollte. Hier würde es höchst unbillig seyn, wenn

10) *Lud. Iul. Frid. HOEFFNER* Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. *Giessae* 1771. SCHMID cit. Diss. §. 13. sqq.

11) G. H. Prof. Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113.

12) L. 7. §. 1. *D. de Exception.*

13) L. 19. *D. eodem.*

wenn man den Bürgen zum Nachtheil des Gläubigers von seiner Verbindlichkeit freysprechen wollte, da der Schuldner, auf dessen Bestes die Anordnung der Gesetze nur abzielt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird, der Bürge aber dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobet hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts kein Gebrauch gemacht werden soll ¹⁴⁾. Dies ist besonders der Fall bey dem Bürgen eines Minorjährigen, welcher, wie Papinian sich ausdrückt ¹⁵⁾, *contemplatione iuris Praetorii*, quod potuit auxilio minori esse, fidejubit hat, und dies ist wenigstens alsdann immer zu vermuthen, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld, oder die persönliche Eigenschaft des Schuldners gekannt, und nichts desto weniger die Intercession übernommen hat ¹⁶⁾. Ich werde hiervon in dem Titel de minoribus ausführlicher handeln.

§. 443.

Wider wen wird die Restitution gesucht?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nun eigentlich wider denjenigen gesucht, durch welchen man verletzt worden ist; der Beklagte muß nur nicht eine solche Person seyn, welcher man Ehrerbietung schuldig ist. Denn es wäre unschicklich, einer solchen Person den Vorwurf zu machen, daß man von ihr verletzt oder vervortheilt worden sey.

14) Weber a. a. D. S. 527. ff.

15) L. 95. §. 3. D. de Solution.

16) L. 13. D. de minorib. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 813.

sey. Daher werden Kinder gegen ihre Eltern mit dem Restitutionsgesuch nicht gehört. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten ¹⁷⁾ waren zwar hierüber die Meinungen getheilt; allein Justinian ¹⁸⁾ entschied diesen Streit in einer von den 50 Decisionen, welche folgendermaßen lautet: Cum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent, quasi non rite in eos versatos: quidam existimabant, nullam esse contra huiusmodi personas in integrum restitutionem; pudore naturali, vel patronali reverentia huiusmodi petulantiae refragante, nisi vel ex magna causa, vel adversus turpem eorum personam. Alii autem personarum quidem vel causae distinctionem respuendam esse censuerunt; tunc autem tantummodo dandam esse restitutionem putaverunt, cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris, vel patroni circumscriptum esse diceret. *Sed ut maneat in omnibus honor parentibus et patrono illibatus atque intactus; sancimus, nullo modo neque adversus*
paren-

17) Man sehe z. B. die *L. 27. in fin. D. de minorib.* wo Cajus behauptet, die Restitution könne auch gegen diejenigen gesucht werden, quorum de dolo agere non permittitur. Nun findet bekanntermaßen gegen Eltern und Patronen die actio doli nicht Statt. *L. 11. D. de dolo malo.* Die nachfolgenden Worte *nisi quaedam personae speciali lege exceptae sint* sind unstreitig ein Zusatz vom Tribonian, wie schon Em. MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Justin. Nr. XLIII. pag. 120. Franc. RAGUELLUS Comm. ad Constitut. et Decision. Justin. pag. 105. Io. STRAUCH ad L. Decis. Iustiniani Exercit. III. cap. I. nr. 43. u. a. m. bemerkt haben.

18) *L. ult. Cod. qui et advers. quos in integr. restit. non poss.*

parentes utriusque sexus, neque adversus patronum dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem; cum procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suae opinionioni contrarium existat. Verschiedene Rechtsgelehrten¹⁹⁾ wollen nun zwar diese Verordnung bloß auf diejenige Restitution einschränken, welche wegen der Minderjährigkeit gesucht wird, und glauben, daß aus solchen Ursachen, aus welchen Großjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können, das Wiederherstellungsgesuch auch selbst gegen die Eltern wenigstens in sofern nicht unzulässig sey, daß eine actio in factum angestellt werden könne. Es läßt sich aber diese Meinung mit der Allgemeinheit des gesetzlichen Grundes nicht füglich vereinigen, wie schon von andern²⁰⁾ hinlänglich gezeigt wor-

19) Außer Bartolus und Balbus hat diese Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten besonders *Ioh. Henr. BERGER* in *Enarrat. L. 2. Cod. qui et advers. quos in integr. restit. non poss. qua utrum et quatenus liberi gesta parentum impugnare queant, expenditur. Lipsiae 1705. 4.* zu behaupten gesucht. Man sagt, es sey nicht glaublich, daß Justinian durch seine Constitution die *L. 11. D. und L. 5. C. de dolo malo* habe aufheben wollen. Allein andere lassen aus diesem Grunde zwar eine actionem in factum wieder die Eltern zu, welche aber nicht, wie die Restitution, auf eine Rescission des mit den Eltern geschlossenen Geschäfts, sondern bloß auf Entschädigung gerichtet werden kann. *S. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 13. BOEHMER iur. Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 814.* Dieser Meinung ist auch unser Verf. not. n.

20) *S. Ant. FABER Rational. ad L. 3. §. 5. D. de minor. DOMPIERRE Spec. de Restitut. in integr. h. t. §. 13. Gottl. LEISTEN Diss. de restitutione in integrum ob reverentiam denegata, praes.*

worden ist. Soviel ist indessen gewiß, daß das Gesetz nur von leiblichen Eltern spricht ²¹⁾, es wird auch dabei vorausgesetzt, daß die Eltern das Geschäft mit den Kindern selbst geschlossen haben, und daß gegen sie, als Eltern, die Restitution verlangt werde. Es findet daher gegen den Dritten, mit welchem die Eltern das nachtheilige Geschäft geschlossen haben, die Restitution allerdings Statt ²²⁾; und nach einer neuern Verordnung des Kr. Justinians ²³⁾

§ 2 ist

praes. *Ioh. Henr. BERGERO Vitemb.* 1695. def. und EMMINGHAUS ad *Cocceji ius contr. h. t. Qu. 8. not. e.*

21) Gegen Adoptiv- und Stiefeltern findet die Restitution Statt. *S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LVII. medit. 1.*

22) *L. 2. C. Si advers. donat. L. 2. Si advers. rem. iud. L. ult. §. 2. C. de bon. quae lib. cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.*

23) *Nov. CLV. Cap. 1. — Quoniam sacra nostra sanctio (L. ult. C. qui et advers. quos) nullam mentionem facit earum mulierum, quae, suscepta filiorum suorum tutela, secundas amplexae sunt nuptias: non liceat Auxentiae, eam sacram nostram sanctionem perperam in usum desumere. — Summam itaque licentiam habere Martham (die Tochter der Auxentia, über welche diese die Vormundschaft geführt hatte) sancimus, ut restitutionis in integrum iure utatur: sacra sanctione a nobis proposita, quae sancit, ne filii contra parentes suos possint restitutionis in integrum iure uti, neutiquam ipsi obicienda, propterea quod nihil Lex de his disputet, quae filiorum suorum tutelam susceperunt. — Unde omnibus modis hoc etiam casu convenit, ut si Martha comprobaverit, non praeteriisse ea tempora, in quibus restitutoriae ipsi actiones competunt, tam restitutione in integrum utatur, quam omnibus aliis, per quae leges nostrae minoribus aetate opem et auxilium praebeant. Wenn nun der Kaiser noch hinzusetzt: Sancit etenim nostra potentia, ut omnis*
reve-

ist es den Kindern erlaubt, gegen ihre Mutter, als gewesene Vormünderin, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, wenn sie besonders durch ihre Wiederverheyrathung, zu welcher sie gegen ihr Versprechen geschritten, die Kinder in Schaden gebracht hat.

Zuweilen kann die Restitution auch gegen den dritten Besizer der Sache gesucht werden. Dies findet Statt, 1) wenn die Restitutionsklage eine *actio in rem scripta* ist, wie

reverentia, quae parentibus debetur a liberis, item honor, atque obsequium parentibus conservetur: dum tamen nihil ab ipsis in illorum detrimentum fiat; so glaubt zwar VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Justinian habe hierdurch das alte Recht wieder hergestellt. Allein daß der Kaiser die *L. ult. C. Qui et adv. quos* nicht habe aufheben wollen, erhellet aus dem Vorhergehenden. Es sind diese leßtern, wenn gleich allgemein gefaßten Worte nur von dem Falle zu verstehen, wovon die Nov. 155. spricht, wie schon DOMPIERRE Specim. cit. h. t. §. 14. gegen Voet erinnert hat. Mehrere Rechtsgelehrte wollen jedoch die Verordnung dieses Gesetzes auf alle Mütter ausdehnen, welche zur zweyten Ehe geschritten sind, weil sich insgemein die Gesinnungen der Mütter gegen die Kinder der ersten Ehe durch Eintritt eines Stiefvaters zu ändern pflegen; *plerumque enim*, sagt die *L. 22. C. de administrat. tutor. novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt*. S. GIPHANIUS in Comm. ad L. 2. C. Qui et advers. quos. pag. 110. und BERGER in Enarrat. L. 2. cit. §. 38. Allein das Gesetz redet ausdrücklich nur von solchen Müttern, die die Vormundschaft über ihre Kinder geführt haben, und der Grund desselben beruhet in der Pflichtvergessenheit, zu welcher selbige durch ihre anderweite Verheirathung verleitet worden sind. S. LEISTEN cit. Diss. §. 24. und SCHULTING ad Prota Pand. Lib. IV. Tit. 4. §. 14.

wie die *actio quod metus causa*. 2) Wenn dem Verletzten eine wirkliche Realklage gestattet wird, wie z. B. den Minderjährigen, wenn ihnen daran gelegen ist, die veräußerte Sache in Natur wieder zu erhalten, oder sonst kein anderes Mittel der Entschädigung übrig ist²⁴⁾. 3) Wenn das durch Verjährung oder sonst verlorne Recht, welches man durch die Restitution wieder zu erhalten sucht, ein dingliches Recht ist, z. B. ein Eigenthums- oder Erbrecht. Daher ist die *actio rescissoria* bald eine Real- bald eine Personalklage²⁵⁾, wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Hieraus erhellet, daß die Restitutionsklage nicht in jedem Falle wider den dritten Besitzer der Sache Statt finde, wie Pothier²⁶⁾ behauptet, der nur die *actionem doli* ausnimmt.

§ 3

Lib.

24) *L. 13. §. 1. L. 14. D. de minorib.*

25) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

26) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. IV. Die *L. 5. D. h. t.* *Nemo videtur exclusus* (eigentlich *re exclusus*, wie Io. Guil. HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. IV. §. 1. mit Beystimmung der Basiliken liest; und *re exclusus* ist so viel als *actione exclusus*, wie ich in meiner Diss. de vita pet. Restitut. in int. praet. §. 20. not. 44. *Opusc. Fasc. II.* p. 401. gezeigt habe) quem Praetor in integrum se restitutum pollicetur, worauf sich POTHIER bezieht, beweist seine Meinung nicht, sondern will nur so viel sagen, daß derjenige, welcher nach der Subtilität des strengen Civilrechts seine Klage verlohren, dennoch vermöge der Fiction des prätorischen Rechts als ein solcher anzusehen sey, dem seine Klage noch zustehe, weil der Prätor die Verjährung, oder wodurch sonst die nach dem strengen Rechte erloschene Klage verlohren gieng, als nicht geschehen, wieder aufhebt, und alles wieder in den Stand setzt, worin die

Lib. IV. Tit. II.

Quod metus causa gestum erit.

§. 444.

Urheber des Edicts: *Quod metus causa*. Erläuterung des Ulpianischen Begriffs von der Furcht. Prüfung der Hellfeldischen Theorie von der Wirkung der Furcht bey rechtlichen Geschäften.

Die erste in dem Edict des Prätors besonders bestimmte Ursache der Restitution ist Furcht und Zwang, wodurch Jemand zu einem nachtheiligen Geschäft genöthiget worden ist. Von dieser sagt der Prätor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*. So hat uns nun zwar Ulpian²⁷⁾ die Worte des Edicts aufbehalten, allein die eigenen Fragmente aus den Schriften Ulpians in diesem Titel lehren, daß das Edict bey weiten nicht vollständig dargestellt sey. Heineccius²⁸⁾ ergänzt daher folgendes: *Sed si quid per metum ablatum esse dicetur, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, intra annum, quo primum experiundi potestas erit, in quadruplum, post annum in simplum, causa cognita, iudicium dabo. In heredem quoque, quatenus ad eum pervenit, actionem dabo*. Ueber den

die Sache sich befand, ehe die Ursach, die den Verlust der Klage wirkte, eintrat. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. circ. fin. (T. II. *Oper.* pag. 106.) und FABER Rational. ad L. 5. D. h. t.

27) L. 1. D. h. t.

28) Opuscul. postum. in quib. historia Edictor. Edictique perpet. continet. *Halae* 1744. pag. 400. sqq.

den Urheber dieses Edicts sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Noodt²⁹⁾, dem auch Schulting³⁰⁾ folgt, eignet es einem gewissen Prätor Cassius zu, von welchem Ulpian³¹⁾ sagt: Metus causa exceptionem cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius postea visum, et de metu opponere exceptionem. Ob es jener Lucius Cassius sey, dessen Tribunal bey Valerius Maximus³²⁾ scopulus reorum genennt wird, oder ein anderer, ist nicht gewiß. Man glaubt indessen, der Prätor Lucius Cassius, von dem auch Cicero³³⁾ rühmt, daß seine strenge und unbestechliche Justizverwaltung den Namen der Cassianischen Richter veranlaßt habe, sey eben derjenige, dessen Ulpian gedenkt. Andere³⁴⁾ meinen jedoch theils in der angeführten Stelle Ulpian's, theils in dem Charakter jenes strengen Richters, woraus sich immer eher Anhänglichkeit an das strenge Recht, als Stimmung für Billigkeit folgern läßt, einen Beweis des Gegentheils gefunden zu haben, und halten daher vielmehr den Prätor Lucius Octavius,

§ 4

der

29) De forma emendandi doli mal. cap. 16.

30) Enarrat. part. pr. Pand. h. t. §. 1.

31) L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except.

32) Lib. III. Cap. VII. §. 9.

33) Orat. pro Rosc. Amerin. Cap. 30.

34) GUNDLING lib. sing. de efficientia metus, tum in promissionib. liber. gent. tum etiam hominum privator. auxiliisq. contra metum. (Halae 1711. 4.) Cap. III. §. 4. Iust. Henn. BOEHMER Diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civ. Halae 1720. Cap. II. §. 3. Christ. Gottl. BIENER Histor. iur. civ. de restitutionib. in integrum. Cap. VI. pag. 29. sqq.

der auch im Jahr 678 das Consulat verwaltete, für den Urheber des Edicts *quod metus causa*. Nun wird zwar allerdings in einer gewissen Stelle des Cicero ³⁵⁾ die Klage aus diesem Edict ausdrücklich *formula Octaviana* genant; allein deswegen kann man doch, wie ich glaube, dem Cassius nicht allen Antheil daran absprechen, denn ohne Grund gedachte Ulpian seiner bey der *exceptione metus causa* gewiß nicht. Ich stelle mir daher die Sache so vor. Der Prätor Cnejus Octavius, den Cicero ³⁶⁾ seinem Bruder Quintus zum Muster vorstellt, führte zwar zuerst zu Gunsten derjenigen eine Klage ein, welchen durch Furcht und widerrechtlichen Zwang etwas von dem Ihrigen entzogen worden; allein diese Klage gab er dem Verletzten nur gegen denjenigen selbst, der ihn in Furcht gesetzt, oder die Gewalt verübt hatte ³⁷⁾. Der Prätor Cassius hingegen dehnte diese Klage in seinem Edict nicht nur auf alle Fälle aus, wo Jemand durch Furcht und erlittenen Zwang in Schaden gesetzt worden, sondern vers

stattete

35) *Orat. in Verrem III. cap. 65.* Postulavit. (sc. C. Gallius, Senator.) a L. METELLO, Praetore, ut ex edicto suo iudicium daret in *Apronium*, quod per vim aut metum abstulisset: quam *formulam Octavianam* et Romae METELLUS habuerat; et habebat in provinciis.

36) *Epist. ad Quint. Fratrem Lib. I. Ep. 1. nr. 7.* His rebus nuper Cn. OCTAVIUS jucundissimus fuit, apud quem primus lictor quievit, tacuitque accensus: quoties quisque voluit, dixit, et quam voluit diu. Quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. *Cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere.*

37) Dies läßt sich aus beyden Stellen des Cicero schließen.

stattete auch sogar dieselbe gegen den dritten Besitzer der durch Furcht abgezwungenen Sache. Nur hatte dieser Prätor noch keine *exceptionem metus causa* eingeführt, weil er die *exceptionem doli* für hinreichend hielt. Da jedoch diese Einrede nur personell war, so wurde in der Folge auch die *Exception* wegen der Furcht gegen einen jeden Dritten verstattet³⁸⁾.

Die Begriffe von Furcht und Zwang sind zwar an einem andern Orte dieses Commentars (§. 300) schon vorgekommen, es verdient indessen allerdings bemerkt zu werden, wenn Ulpian³⁹⁾ bey den Worten des oben angeführten Edicts erinnert, daß sie ehemals so gelautes hätten: *Quod vi, metusve causa*, mit der Erläuterung: *vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam, contrariam voluntati: metus, instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione*. Wenn Ulpian hier zwischen *instans* und *futurum periculum* unterscheidet, so versteht er ohne Zweifel unter *periculum instans* eine nahe, unter *periculum futurum* aber eine entferntere Gefahr. Da indessen beydes ein bevorstehendes Uebel anzeigt, nam *praesentis mali nullus est metus*, wie Cujaz⁴⁰⁾ hierbey sehr richtig bemerkt hat; so besteht der Unterschied zwischen *vis* und *metus* nach Ulpian eigentlich darin, daß erstere die Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels ist, wodurch man den Andern nöthiget, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde; die Furcht hingegen in der bangen Er-

war:

38) Man sehe HEINECCIUS in Opuscul. postum. pag. 398. und POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. I. Not. a.

39) L. 1. D. h. t.

40) Commentar. ad h. Tit. Pandect. in princip.

wartung eines bevorstehenden Uebels besteht, wie Cicerro ⁴¹⁾ sagt; oder eigentlich die Verabscheuung eines künftigen Uebels ist. Hiernach müssen also auch die von mir oben (§. 300.) nicht bestimmt genug angegebenen Begriffe berichtigt werden ⁴²⁾. Salvius Julianus hat jedoch das Wort *vis* in dem *edicto perpetuo* weggelassen, wie Ulpian ⁴³⁾ hierbey bemerkt, und zwar darum, quia, quodcumque vi atroci sit, id metu quoque fieri videatur.

Wenn nun der Prätor in seinem Edict sagt: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, so entsteht die Frage, von welchen Geschäften hier eigentlich die Rede sey, und welche daher dieser Prätorischen Restitution bedürfen? Die Ausleger des röm. Rechts sind daher verschiedener Meinung ⁴⁴⁾. Unser Verfasser hat folgende Theorie. Daß durch Furcht erzwungene Geschäft gehört entweder zu den Contracten, oder nicht. In dem letztern Falle behauptet er, daß alle Geschäfte, die keine Contracte sind, der erregten Furcht wegen nach dem röm. Recht für nichtig zu halten wären, und daher der Restitution aus diesem Edict nicht bedürften. Er rechnet dahin z. B. das

Ver-

41) *Tuscul. Quaestion. Lib. V. c. 18.*

42) Man sehe hier die Berichtigungen in des Hrn. Dr. Schönmanns Bibliothek für positive Rechtswissenschaft und Diplomatif 1. Bandes 1. Stück (Göttingen 1798.) S. 24. ff.

43) *L. 1. D. h. t.*

44) Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Frid. Walch* Commentat. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis. *Ienae* 1790.

Versprechen eines Heyrathsguts, erzwungene Testamente, und durch Furcht erpreßte vormundschaftliche Auctorität. In dem erstern Falle hingegen unterscheidet er wieder zwischen Contracten, welche *bonae fidei*, und solchen, welche *stricti iuris* sind. Bey den Contracten der erstern Art sey dem Verletzten keine Restitution nöthig, weil er sich mit der Klage aus dem Contract selbst helfen könne, es wäre denn, daß diese in einem gewissen Falle entweder gar nicht Statt finde, oder wenigstens zur vollkommenen Entschädigung des Verletzten nicht hinreiche. Allein die Contracte der letztern Art wären nach der Strenge des römischen Civilrechts gültig gewesen, wenn sie gleich durch Furcht erzwungen worden, nur für diese sey also die Restitution in diesem Edict hauptsächlich eingeführt worden.

Gegen diese Theorie finde ich jedoch folgendes zu erinnern.

1) Läßt sich nicht schlechterdings behaupten, daß alle Geschäfte, die keine Contracte sind, nach dem römischen Rechte ohne alle Ausnahme schon an sich für nichtig zu halten wären, wenn sie durch Furcht veranlaßt worden. Die Antretung einer Erbschaft ist doch gewiß so wenig, als die Repudiation derselben, ein Contract, und doch wird in dem einen Falle, wie in dem andern, eine Restitution erfordert, wenn man dazu gezwungen worden ist. Letzteres lehrt Paulus ⁴⁵⁾ ganz deutlich, wenn er sagt: *Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit; aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando*. Die Worte *utiles actiones quasi heredi dando* geben deutlich zu erkennen, daß derjenige, welcher aus Zwang eine Erbschaft ausgeschla-

gen;

45) L. 21. §. 6. D. h. t.

gen, nach dem strengen Rechte aufhöre, Erbe zu seyn, und folglich eine solche erzwungene Repudiation nach dem Civilrecht gelte. Eben dieses ist aber auch nach der Lehre des Papinian⁴⁶⁾ und Paulus⁴⁷⁾ von einer erzwungenen Erbschaftsantrittung zu behaupten. Erster sagt: *Si metus causa adeat aliquis hereditatem: fiet, ut, quia invitatus heres existat, detur abstinendi facultas.* Noch deutlicher drückt sich der letztere aus: *Si metu coactus adii hereditatem: puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.* Nun scheint zwar diesem Celsus zu widersprechen, wenn selbiger bey Ulpian⁴⁸⁾ sagt: *Eum, qui metu verborum⁴⁹⁾, vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet; sive servus sit, dominum heredem non facere;* allein die Worte *fallens adierit hereditatem* zeigen deutlich genug an, daß hier von einem besondern Falle die Rede ist, soviel sich auch übrigen^s gegen die gemeine Erklärung, daß *fallens* hier soviel als *simulans* bedeute, und daher von einer bloß zum Schein gesche-

46) L. 85. D. de acquir. vel omitt. hereditate.

47) L. 21. §. 5. D. Quod metus causa.

48) L. 6. §. 7. D. de acquir. vel omitt. heredit.

49) Mehrere Rechtsgelehrte glauben, daß statt *verborum* vielmehr *verberum* gelesen werden müsse. S. Cujacius ad L. 21. §. 5. D. h. t. und Schulting ad Prota Pand. h. t. §. 6. Allein daß diese Emendation unnöthig sey, zeigt Io. Guil. Marckart in Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 253. sq.

geschehenen Erbschaftsantretung die Rede sey ⁵⁰⁾, einwenden läßt ⁵¹⁾. Ein drittes Beyspiel, wo die Regel des Verf. trägt, giebt Paulus ⁵²⁾. *Si metu coactus sim*, sagt er, *ab emtione vel locatione discedere*, videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat: an hoc similitie sit acceptilationi; quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur? *et magis est, ut similis species acceptilationi sit*, et ideo praetoria actio nascatur. Hier ist nicht von Schließung eines Contracts, sondern von einem Vertrage die Rede, wodurch ein abgeschlossener Consensual-Contract wieder aufgehoben wird. Daß hier der mutuus dissensus so viel gilt, als die acceptilatio bey einem Formularcontract, so lang der Contract noch nicht erfüllt ist, ist bekannt. Wenn nun aber der Vertrag, daß der geschlossene Bilateralcontract nicht gelten solle, durch erregte Furcht erzwungen worden ist? Nach Paulus Lehre ist dieser Vertrag nicht ipso iure nichtig, sondern die Verbindlichkeit des Contracts wird nach dem strengen Recht dennoch eben so gut, wie durch eine Acceptilation, aufgehoben. *Emtio enim et venditio*, sagt eben dieser Jurist an einem andern Orte ⁵³⁾,
sicut

50) Man sehe *CUJACIUS* ad L. 21. §. 5. D. h. t. *Ant. FABER* Rational ad eand. L. *IUL. PACIUS* *ΕΥΑΡΤΙΟΓΡΑΥΩΝ* s. Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 67. *Io. Guil. MARCKART* Interpretat. receptor. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 254. *Ant. SCHULTING* ad Prot. h. t. §. 6. *POTHIER* Pandect. Iustinian. T. II. Tit. de acquirenda vel. omitt. hereditate Nr. XVIII. u. a. m.

51) *G. DOMPIERRE* Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 1. pag. 71. sq. und *WALCH* cit. Diss. Sect. II. §. 18.

52) L. 21. §. 4. D. h. t.

53) L. 3. D. de rescind. emt.

sicut consensu contrahitur, ita *contrario consensu* resolvitur, antequam fuerit res secuta. Der bonae fidei scheint zwar freylich ein solcher Zwang entgegen zu seyn. Allein man kann sich, sagt Paulus, nicht mehr auf eine bonae fidei obligationem gründen, wenn sie einmahl *contrario consensu* aufgehoben ist⁵⁴⁾. Daher ist hier die Restitution aus dem Edict: *quod metus causa* nöthig, um den aufgehobenen Contract wieder herzustellen. Außerdem muß ich in Absicht auf die von unserm Verf. zur Unterstützung seiner Meinung gewählten Beyspiele noch bemerken;

a) daß zwar daß erzwungene Versprechen eines Heyrathsguts allerdings für nichtig zu halten sey; allein dieß erhellet doch nicht aus der von ihm angeführten *L. 22. D. de ritu nupt.* denn in dieser Stelle ist bloß von einer erzwungenen Ehe die Rede, und die Worte, *quod inter invitos matrimonium non contrabatur*, beweisen nur, daß eine solche Ehe in der Regel nichtig sey, wenn gleich nach diesem Gesetz ein bloßer *metus reverentialis*, von welchem man die Worte: *filium familias, qui patre cogente uxorem ducat, quam non duceret, si sui arbitrii esset*, nicht unrichtig erklärt⁵⁵⁾, der Gültigkeit der Ehe nicht entgegen steht. Eigentlich hätte also der Verf. die *L. 21. §. 3. D. h. t.* anführen sollen, wo es heißt: *Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Versteht man freylich die-

se

54) G. NOODT de forma emendandi doli mali cap. 16. (T. I. *Oper.* pag. 382.) und POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de pactis Nr. XIV. not. g.

55) Man sehe WALCH cit. Diss. Sect. II. §. 20. pag. 50.

se Stelle mit Noo dt ⁵⁶⁾ bloß von einer erzwungenen Stipulation, denn ein simples Versprechen war auch bey einer dote zu Paulus Zeiten noch nicht klagbar, wenn solches nicht durch eine Stipulation war bekräftiget worden ⁵⁷⁾; so dürfte zwar dieses Beyspiel mehr eine Ausnahme von der Regel seyn, die unser Verf. bey den stricti iuris Contracten annimmt, wie auch Anton Faber ⁵⁸⁾ behauptet, als hierher gehören, wo von solchen Geschäften die Rede ist, die keine Contracte sind. Allein da vermöge der Constitution der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. in der bekannten L. 6. *Cod. de dotis promiss.* ⁵⁹⁾ jedes simple pactum, durch welches eine dos versprochen worden, schon an sich eine Klage wirkt, so läßt sich jene Stelle, wie viele andere Stellen in den Pandecten, bey deren Erklärung man den Sinn des römischen Juristen von demjenigen Sinn unterscheiden muß, den Justinian oder Tribonian nach der Rechtsverfassung seiner Zeiten den Worten untergeschoben hat ⁶⁰⁾, wohl auch von einem bloßen Vertrage verstehen, zumal da sich kein rechter Grund ausfindig machen läßt, warum gerade die stipulatio dotis eine Ausnahme von der Regel gemacht haben sollte, nach welcher eine erzwungene Stipulation gilt, so lang sie nicht vom Prätor rescindirt wor-

56) De forma emend. doli mali cap. 16. in fin.

57) L. 41. pr. et §. 1. D. iure dot.

58) Rational. ad §. 3. L. 21. D. h. t.

59) In der L. 4. C. Th. de dotibus lautet diese Verordnung so: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, *etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.* C. GOETHOFREDI Commentar. P. I. pag. 347.

60) C. diesen Commentar Th. 1. §. 35. C. 229. folg.

worden ist ⁶¹⁾; und auch alle übrige in der L. 21. D. h. t. angeführten Fälle so geeigenschaftet sind, daß dabey die Restitution aus diesem Edict erfordert wird.

b) Soviel die erzwungenen Testamente anbetrifft, so sind zwar die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob selbige schon an sich nichtig sind, oder ob solche nicht vielmehr nach dem strengen Civilrecht gültig, und daher erst durch den Prätor zu rescindiren gewesen ⁶²⁾; ersteres ist indessen darum wohl unstreitig richtiger, weil theils das Wort *gestum*, dessen sich der Prätor in seinem Edict bedient, nach Ulpian's Zeugniß ⁶³⁾ die Testamente ausschließt, theils aber auch ein solcher Erbe, welchen der Testirer nicht hat einsetzen wollen, nach der Lehre eben dieses römischen Juristen ⁶⁴⁾ *pro non scripto* gehalten wird, nicht zu gedenken, daß eine Nichtigkeit des Testaments schon daraus entsteht, wenn auch nur die Zeugen wider ihren Willen der Testamentshandlung

61) Der Grund, den VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 15. angeführt, nämlich, daß wenn eine erzwungene stipulatio dotis nach dem strengen Recht gültig gewesen wäre, die große Begünstigung, die für das Heyrathsgut bekanntermaßen streitet, gar leicht die Rescission eines solchen Versprechens gehindert haben würde, scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn soweit konnte der Billigkeit nach nie favor dotis ausgedehnt werden, daß der Promittent zur Erfüllung des erzwungenen Versprechens hätte verurtheilt werden können, wenn er um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bat.

62) Man sehe hier WALCH cit. Diss. §. 17.

63) L. 20. D. de verbor. signif.

64) L. 2. §. 7. D. de bonor. poss. secund. tab. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohib. vel coegerit. S. Westphal's Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 30.

lung bezuwohnen genöthiget worden sind ⁶⁵⁾).

c) Daß auch die Auctorität des Vormundes schon an sich nichtig ist, wenn sie durch Gewalt gezwungen worden, sagt Ulpian ⁶⁶⁾ in der angeführten Stelle ganz ausdrücklich, wo es heißt: Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur; neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem.

2). Was die Regel anlangt, die unser Verf. bey den bonae fidei Contracten giebt, so läßt sich daraus nicht deutlich erkennen, in wiefern solche Contracte nach dem Civilrecht der Furcht wegen für ganz ungültig zu halten sind, oder nicht? Es ist daher vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der metus causam dans, oder incidens ist, eine Eintheilung, deren ich schon an einem andern Orte dieses Commentars (4. Th. §. 300. S. 170.) Erwähnung gethan habe. Ist der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, der ausserdem gar nicht geschlossen worden wäre, so ist er ipso iure nichtig; gründet sich hingegen nicht sowohl die Schließung des Contracts an sich, sondern nur die gegenwärtige Modifikation desselben auf erregte Furcht, so ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern derjenige Contrahent, der dadurch verletzt worden ist, kann mit der Contractsklage bloß Schadensersatz verlangen. So lange jedoch der Contract noch nicht vollzogen ist, kann sich der Verletzte gegen die wider ihn angestellte Klage auch mit einer

65) L. 20. §. fin. D. Qui testam. facere poss.

66) L. 1. §. 1. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.

einer Einrede schützen⁶⁷⁾. Daß übrigens ein *metus causam* dans bey einem *bonae fidei Contract* eine Nichtigkeit des ganzen *Contract*s zur Folge hatte, erhellet, deucht mir, aus dem Rescript des Krs Alexander⁶⁸⁾ ganz deutlich, in welchem es heißt: *Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est. Mala fidei enim emptio irrita est*; wenn man damit vergleicht, was Ulpian⁶⁹⁾ sagt: *Nihil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est*; eine Stelle, welche hierher um so mehr gehört, da sie aus eben dem *libro XI. ad Edictum* genommen ist, in welchem Ulpian das *Edict quod metus causa* erklärt hat. Steht nun also nach Ulpian's Regel die Furcht und Gewalt derjenigen Einwilligung entgegen, welche bey *bonae fidei negotiis* zur Substanz derselben erfordert wird, so muß nothwendig ein solches Geschäft ganz ungültig seyn, welches durch widerrechtlichen Zwang veranlaßt wurde⁷⁰⁾. Die Worte: *quem comprobare contra bonos mores est*, geben uns noch einen deutlichern Beweis davon, welche sich unstreitig auf das *officium iudicis* beziehen⁷¹⁾, und so viel sagen wollen, daß der Juder über die Einrede der Furcht erkennen, und folglich nach der Billig-

67) Man sehe hier vorzüglich WALCH cit. Diss. §. 10 — 13.

68) *L. 1. Cod. de rescind. vendit.*

69) *L. 116. pr. D. Reg. iuris.* POTHIER Pandect. Justinian. T. III. Tit. de Reg. iur. Nr. 966. Not. a.

70) WALCH cit. Diss. §. 12. und DOMPIERRE Specim. de restitut. in integr. h. tit. §. 17.

71) NOODT de forma emend. deli mali cap. ult.

distrahere coactus est, etiamsi maxime *emtor eum alii vendidit: si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi, reddito a te pretio, restituatur, postquam placuit, in rem quoque dari actionem* ⁷⁷⁾, secundum formam perpetui Edicti, adito Praeside provinciae poteris postulare. Nur ist der Unterschied zu ergänzen, den die Gesetze machen, nämlich ob die dem Restitutionsgesuch gesetzte Frist von einem Jahre, wofür jedoch nach der Analogie des neuern römischen Rechts ein vierjähriger Zeitraum zu substituiren, bereits verflossen ist, oder nicht. In dem erstern Falle kommt dem Verletzten die prätorische Klage aus dem Edict quod metus causa nur alsdann zu statten, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist. In dem letztern Falle hingegen kann sich der Verletzte nach seinem Gefallen der Restitutionsklage bedienen, gesetzt auch, daß er mittelst einer andern Klage das Seinige wieder erhalten könnte, wenn ihm nämlich jene vortheilhafter ist. Dieser Unterschied ergibt sich ebenfalls aus einer Verordnung des Kr. Gordian ⁷⁸⁾, welcher in einem gewissen Falle folgendermaßen rescribirt hat: Si per vim vel metum mortis, aut cruciatus corporis *venditio a vobis extorta est, et non postea eam consensu corroborastis; iuxta perpetui formam*

77) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. pag. 85. wo er die L. 3. sehr ausführlich erklärt, versteht diese Worte von einer *actione in rem utili, quae rescissa alienatione datur*. Allein es kann auch eben so gut die *actio quod metus causa* darunter verstanden werden, die gegen jeden dritten Besitzer angestellt werden kann. *G. Maur. Guil.* BAUMANNI Divus Gordianus, s. de vita et constitutionibus M. Ant. Gordiani Imp. Exercit. I. *Lipsiae* 1792. P. II. §. 8.

78) L. 4. C. de his, quae vi metusv. causa

nam edicti, *intra annum quidem agentes*, (quo experiundi potestas est) si res non restituatur, *quadrupli condemnationem referetis*: scilicet reddito a vobis pretio: *post annum vero*, causa cognita, eadem actio in simplum permittitur. *Quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.* Hiernach müssen auch die Meinungen des N o o d t ⁷⁹⁾ und B ö h m e r s ⁸⁰⁾berichtigt werden, wenn ersterer behauptet, daß die actio quod metus causa nur dann Stadt finde, wenn es an einer andern Klage fehlt, letzterer hingegen dem Kläger schlechthin die Wahl läßt. Schon Ulpian ⁸¹⁾, den N o o d t selbst anführt, hätte beyde eines andern belehren können, wenn dieser sagt: Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur Praetor. — *Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur.*

Nach diesen Berichtigungen wäre also die römische Rechtsatheorie von der Wirkung der Furcht bey den rechtlichen Geschäften auf folgende Art zu bilden. Die Furcht ist entweder bey Schließung eines Contracts, oder bey einem andern Geschäft erregt worden, daß kein Contract ist: In dem letztern Falle ist das Geschäft entweder von der Art, daß desselben Gültigkeit lediglich von der freyen Einwilligung der Interessenten abhängt, wie z. B. Ehe, Auctorität des Vormundes, Testament; oder die bloße

H h 3

Eri

79) De forma emend. doli mali cap. 16. (*Oper. T. I. pap. 382.*)

80) *Introduct. in ius Dig. h. t. §. 2.*

81) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.*

Existenz der Einwilligung ist nach dem Civilrecht zur Substanz des Geschäfts hinreichend, sie sey frey oder erzwungen, wie z. B. bey der Antretung oder Repudiation einer Erbschaft, Aufhebung eines Contracts, Entsagung eines Rechts. In diesem ersten Fall ist das durch Furcht erzwungene Geschäft schon nach dem Civilrecht nichtig, und daher keine Restitution der Prätoris nöthig; in dem letztern Falle hingegen hieß es, wie Paulus ⁸²⁾ sagt: *quāvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*; der Verletzte mußte also dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Ist nun aber die Furcht bey Schliessung eines Contracts erregt worden, so unterscheidet das röm. Recht zwischen *stricti iuris* und *bonae fidei* Contracten. Erstere waren nicht ungültig, wenn sie auch durch Furcht veranlaßt worden. Denn ihre Gültigkeit hieng bloß von der Contractsformel ab, und was nicht darin ausgedrückt worden, darauf nahm man keine Rücksicht ⁸³⁾. Wegen dieser Contracte wurde daher hauptsächlich die Restitution *ex causa metus* eingeführt ⁸⁴⁾. Bey den *bonae fidei* Contracten hingegen ist der Unterschied zu machen, ob der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, oder nur die gegenwärtige Modification desselben. In dem ersten Falle ist zwar der Contract schon nach dem Civilrecht ungültig, und der Verletzte kann daher auch mit der Contractsklage auf die Nichtigkeit desselben dringen. Denn diese Klage geht auf alles, was der *bonae fidei* d. i. der Billigkeit gemäß ist (§. 437). Allein ist der *annus utilis*,
oder

82) *L. 21. §. 5. D. h. t.*

83) §. 1. *I. de Exept. L. 5. C. de inutil. stipulat.*

84) WALCH cit. Diss. §. 11.

oder nach dem neuern röm. Rechte das quadriennium, noch nicht verstrichen, so kann sich der Verletzte auch der prätorischen Restitutionsklage bedienen, wenn ihm diese vortheilhafter ist. Nach Ablauf jener gesetzlichen Frist aber findet die Restitutionsklage nur alsdenn Statt, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist; z. B. der Käufer, der mich durch Furcht zum Verkauf meiner Sache nöthigte, besitzt die Sache nicht mehr selbst, und ist auch sonst ausser Stand, mich zu entschädigen. In dem letztern Falle hingegen ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern es kann nur auf Schadensersatz geklagt werden.

Uebrigens wird freylich allemal vorausgesetzt, daß das Geschäft, wozu Jemand durch Furcht gezwungen worden ist, ein nachtheiliges Geschäft sey. Es mag nun dieses entweder in einer Veräußerung, oder in der Erlassung einer Schuld, oder in der Entsagung eines zuständigen Rechts, oder in einem Versprechen bestehen. Das Edict des Prätoris findet daher keine Anwendung, wenn z. B. ein Gläubiger seinen Schuldner durch Furcht genöthiget hat, daß er das bezahle, was er wirklich schuldig war⁸⁵⁾. Ob aber nicht wegen der unerlaubten Selbsthülfe die Strafe der Legis Iuliae de vi Statt finde, und ein solcher Gläubiger sich seiner Forderung verlustig gemacht habe? ist eine andere Frage, welche vermöge des Decrets des R. Marcus allerdings zu bejahen ist⁸⁶⁾.

§ 4

§. 445.

85) *L. 12. §. 2. D. h. t.* IULIANUS ait, eum, qui vim adhiuit debitori suo, ut ei solveret, hoc *Edicto non teneri*, propter naturam metus causa actionis, quae *damnum exigit*: quamvis negari non possit, in *Iuliam* eum de vi incidisse, et ius crediti amisisse.

86) *L. 13. D. eod.* Man vergleiche über diese Stelle *Io. Ort.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXXIX. Die Klage, deren sich

§. 445. u. 446.

Wie muß die Furcht beschaffen seyn, welche eine gerechte Ursache zur Restitution giebt?

Die Furcht, wenn sie eine rechtmäßige Ursache zur Restitution geben soll, muß jedoch folgende Eigenschaften haben.

1) Von Seiten desjenigen, der sie erregte, muß sie eine ungerechte Furcht seyn, d. i. sie muß von einem solchen verursacht worden seyn, der nicht befugt war, den Andern in Furcht zu setzen. Es findet daher keine Restitution Statt, wenn die Obrigkeit einen Bürger durch rechtmäßige Zwangsmittel zur Erfüllung seiner Pflichten anhält, nur darf sie freylich die gesetzmäßigen Grenzen ihrer Gewalt nicht überschreiten; denn hätte sie ihre Gewalt gemißbraucht, und durch ungerechte Drohungen Geld erpreßt, so findet, wie Pomponius sagt, das Edict des Prätors allerdings auch gegen ein solches Verfahren der Obrigkeit Statt⁸⁷⁾. Jedoch ist darum die Furcht noch nicht für gerecht zu halten, daß Jemand über einem Verbrechen, z. B. Ehebruch oder Diebstahl, betreten worden ist; wenn er bey dieser Gelegenheit durch Drohung, ihn zu ent-

sich der Schuldner in einem solchen Falle bedienen kann, würde man am schicklichsten *remedium ex L. 13. D. quod metus causa* oder auch *condictionem ex decreto Divi Marci* nennen können. S. *Dompierre* h. t. §. 12. Für deren heutigen Gebrauch streiten LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 20. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 203. α. und mehrere Rechtsgelehrte.

87) *L. 3. §. 1. D. h. t.* Ein Veyspiel enthält die *L. ult. §. ult. D. h. t.* Vergl. *DOMPIERRE* c. 1. §. 10.

entleiben, oder zu verrathen, genöthiget ward, etwas zu geben oder zu versprechen. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann daher in diesem Falle nicht abgeschlagen werden, nam et gestum est malo more: sagt Paulus⁸⁸⁾, et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit; sed hoc solum, quod hic accipit metu mortis illato; genug, daß derjenige, wider welchen die Restitution gesucht wird, zu einer solchen Concussion nicht befugt gewesen ist⁸⁹⁾. Die Furcht muß aber auch

2) auf Seiten des gewaltsam Genöthigten nicht eitel, sondern gegründet seyn⁹⁰⁾. Sie muß also

a) nicht etwa durch bloße Einbildung des sich Fürchtenden⁹¹⁾, auch nicht durch unbestimmte Drohungen, sondern durch eine solche Drohung erregt worden seyn, welche eine bevorstehende große Gefahr für Leben, oder Gesundheit, oder Freyheit, oder Ehre mit Grund befürchten ließ, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars ausführlicher gezeigt habe (§. 300). Ob metus infamiae zur Restitution genüge, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Hunnius⁹²⁾ behauptet es; allein Boet⁹³⁾, Roodt⁹⁴⁾, Wissenbach⁹⁵⁾, Dompierre⁹⁶⁾, Hof-

§h 5

adter

88) L. 7. §. 1. D. h. t.

89) DOMPIERRE h. t. §. 11. pag. 87. und de coccej iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.

90) L. 6. L. 7. pr. D. h. t.

91) L. 9. pr. D. h. t.

92) ad Treutlerum Vol. I. Disp. XI. Qu. 25.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12.

94) Comm. ad. Pand. h. t. pag. 84. in fin.

95) Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII. Th. 17.

96) Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 9.

ader ⁹⁷⁾ und andere läugnen dieses schlechterdings; das hingegen *Huber* ⁹⁸⁾ zwischen einer geringen Infamie, oder die doch wenigstens durch den Richter leicht reparirt werden könnte, und zwischen einer solchen unterscheidet, die einen unerseßlichen Schaden zur Folge gehabt haben würde, und in dem ersten Falle die Restitution aus dieser Ursache für unzulässig, in dem letztern hingegen solche für gegründet hält. Daß die bloße wörtliche Drohung, es wolle mich Jemand infam machen, wenn ich nicht in dieß oder jenes einwilligen würde, noch keine solche gerechte Furcht begründet, weshalb die Restitution nach diesem Edict gesucht werden könne, ist wohl gewiß, weil Ehrlosigkeit nur aus solchen Handlungen entsteht, worauf die Gesetze die Infamie als Strafe gesetzt haben. So ist auch wohl *Ulpian* zu verstehen, wenn er sagt ⁹⁹⁾: *Nec timorem infamiae hoc Edicto contineri*. Allein wie wenn mir Jemand drohet, daß er mich eines infamirenden Verbrechens wegen anklagen werde, wenn ich nicht dieß oder jenes thun würde? wie wenn ihm ein paar falsche Zeugen zur Seite stehen, welche die Beschuldigung augenblicklich zu beschwören bereit sind? Ich sehe voraus, oder befürchte wenigstens mit Grund, daß ich, meiner Unschuld ungeachtet, auf solche Art meine Ehre leicht verlieren könnte, und dieß veranlaßt mich, in das nachtheilige Geschäft zu willigen, um der bevorstehenden Gefahr zu entgehen. Unter diesen Umständen würde die Furcht vor der Ehrlosigkeit allerdings eine gegründete Ursache zur Restitution abgeben.

b) Das

97) *Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 207.*

98) *Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.*

99) *L. 7. pr. D. h. t.*

b) Daß Uebel muß von einem solchen Menschen gedrohet worden seyn, von welchem man erwarten konnte, daß er seine Drohungen ausführen werde. Dieses muß theils aus der Beschaffenheit des Bedroheten, seinem Alter, Geschlecht und körperlichen Zustande, theils aus der Beschaffenheit und den Kräften desjenigen, welcher die Furcht verursachte, beurtheilt werden, wie bereits an dem oben bemerkten Orte (§. 300.) gezeigt worden ist. Endlich

c) muß es auch nicht in der Gewalt des in Furcht Gesehten gestanden haben, dem bevorstehenden Uebel auf eine andere Art zu entgehen, als durch Eingehung des nachtheiligen Geschäfts. Wäre also das Geschäft keine unmittelbare Folge der verursachten Furcht gewesen, sondern ohne Zwang vollzogen worden, z. B. wenn Jemand zwar zu einem Versprechen gezwungen worden ist, solches aber nachher ohne weitere Furcht freywillig erfüllet hat; so findet deswegen keine Restitution Statt¹⁰⁰). Daß übrigens auch kein bloßer metus reverentialis in Betrachtung kommt, wie unser Verf. hier noch bemerkt hat, ist schon oben (§. 300.) gesagt worden; ich füge hier nur noch hinzu, daß die Meinung derjenigen¹⁾, welche nach dem kanonischen Rechte ein Anders behaupten wollen, ganz ungegründet sey²⁾.

§. 447.

100) *L. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa.* HOF-ACKER Princip. iur. civ. T. II. 836.

1) GOTHOFREDUS in not. ad L. 22. D. de ritu nuptiar. und FABER in Codice definit. forens. Lib. VI. Tit. 4. Def. 5. not. 5.

2) Man beruft sich auf das *cap. 14. X. de sponsal.* Allein daß auch nach dem kanonischen Rechte nur ein solcher metus in Betrachtung kommt, qui potest in virum constantem cadere, erhellet

§. 447.

Findet die Restitution *ex causa metus* bloß wegen einer *vis compulsivae*, oder auch wegen einer *vis ablativae*, *expulsivae*, oder *turbativae* Statt?

Gewöhnlich erfordert man auch, wenn die Restitution *ex causa metus* Statt finden soll, daß die Furcht durch eine *compulsive* Gewalt müsse verursacht worden seyn; weil es in jedem andern Falle einer wirklich ausgeübten Gewaltthätigkeit nicht an Rechtsmitteln mangle, wodurch der Verletzte das Seinige wiedererhalten, oder sich gegen die Störung Anderer in dem ruhigen Besitz seines Eigenthums Sicherheit verschaffen könne³⁾. Es kann nämlich die Gewalt, in sofern man darunter die Beschränkung der Selbstthätigkeit eines Andern durch Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels versteht, nach Verschiedenheit ihres Zweckes und ihrer Wirkung, von sehr verschiedener Art seyn. Sie kann entweder eine *vis ablativa*, wodurch Jemanden eine bewegliche Sache wider seinen Willen weggenommen wird; oder eine *vis expulsiva*, wodurch Jemand aus dem Besitz einer unbeweglichen Sache vertrieben wird, oder eine *vis turbativa*, wodurch man den Andern in den ruhigen Besitz oder Quasibesitz des Seinigen stört; oder eine *vis compulsiva* seyn, wodurch man den Andern nöthig

erhellet aus dem *cap. 15. X. eodem.* ganz deutlich. *S. DOMPIERRE* h. t. §. 5. und *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 15.

- 3) Man sehe *LAUTERBACH* Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 7. — 9. *WESTENBERGII* Div. Marcum Diss. XXXIX. §. 18. und *DOMPIERRE* Specim. cit. h. t. §. 1. pag. 69. sqq. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser.

nöthiget, sich zu etwas verbindlich zu machen, oder ein Geschäft zu schließen, was er sonst entweder gar nicht, oder wenigstens nicht auf die Art, als geschehen, geschlossen haben würde. In den ersten drey Fällen einer verübten Gewalt könne nun, sagt man, von einer Restitution ex causa metus darum nicht die Rede seyn, weil es hier andere Rechtsmittel giebt, deren sich der Verlegte bedienen könne; nämlich wegen einer vis *ablativae* finde die actio de vi bonorum raptorum oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *expulsivae* das interdictum unde vi oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *turbativae* aber die interdicta uti possidetis und utrubi oder auch quod vi aut clam Statt. Es bleibe also nur noch die vis *compulsiva* übrig, gegen welche der Prätor die Restitution aus seinem Edicte quod metus causa ertheile. Nun gewinnt zwar diese Meinung von der einen Seite durch den Begriff, welchen Ulpian ⁴⁾ von der vis giebt, wenn er sagt, sie sey eine necessitas imposita, contraria voluntati, allerdings einigen Schein; allein auf der andern Seite sagt doch auch Ulpian ⁵⁾ selbst ganz deutlich, daß die Restitution auch wegen einer erlittenen vis *expulsivae* und *turbativae* gesucht

4) L. 1. D. h. t.

5) L. 9. pr. D. eodem. wo es heißt: Denique tractat, (sc. POMPONIVS) si fundum meum derelequero, audito, quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit? et refert, LABRONEM existimare, Edicto locum non esse, et unde vi interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim Edicto locum facere. Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam, et hoc Edictum locum habere: scilicet quoniam metu patior id te facere.

sucht werden könne, und mit den *interdictis unde vi* und *quod vi aut clam* electivisch concurrirre. Daher behaupten von Cocceji⁶⁾ und Herr Prof. Emminghaus⁷⁾ nicht ohne Grund, daß das Edict des Prätors *quod metus causa* auch wegen einer *vis ablativae, expulsivae* und *turbativae* Anwendung finde, in sofern nämlich die Restitutionsklage dem Verletzten vortheilhafter seyn möchte, als das ordentliche Rechtsmittel. Diese Meinung scheint mir wegen der deutlichen Stelle des Ulpian⁸⁾ zwar in sofern außer Zweifel zu seyn, als der gesetzliche Zeitraum von vier Jahren, binnen welchen die *actio quod metus causa* nach dem neuern röm. Recht angestellt werden muß, wenn man die mit dieser Klage verknüpften Vortheile genießen will, (§. 439.) noch nicht verstrichen ist. Allein nach Ablauf dieser Frist findet doch, wie ich glaube, die prätorische Restitutionsklage nur alsdann noch Statt, wenn das ordentliche Rechtsmittel nicht mehr anwendbar ist. Denn Ulpian⁸⁾ sagt es selbst, daß *post annum* die *actio quod metus causa* nur dann verstattet werde, *si alia actio non sit*, z. B. die ordentliche Klage ist verjährt.

§. 448.

Was stehen des erlittenen Zwangs wegen dem Verletzten für Rechtsmittel zu?

Wenn man nun also durch widerrechtlich eingejagte Furcht, oder erlittene Gewalt zu einem nachtheiligen Geschäft vermocht worden ist, so fragt sich's, was man deshalb

6) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 1.

7) Ad Coccejum l. c. not. g.

8) L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.

halb für Rechtsmittel brauchen kann? Diese Rechtsmittel sind von verschiedener Art. Man kann sich

1) außsergerichtlich helfen, indem man Gewalt mit Gewalt vertreibt, und dadurch selbst den vorigen Zustand wieder herzustellen sucht. Nur muß dies freylich nicht erst nach Verlauf einiger Zeit, sondern sogleich (in continenti) und auf frischer That geschehen, sobald es möglich ist, einen Gehülfen zu bekommen. Es ist dieses nicht nur der bekannten Regel gemäß, die wir an mehreren Orten des römischen Gesetzbuchs⁹⁾ finden, *quod liceat vim vi repellere, si hoc confestim, non ex intervallo fiat*; sondern es bezieht sich auch hierauf die Frage, welche Ulpian lib. 11. *ad Edictum*¹⁰⁾ in folgenden Worten entscheidet: *Quaeri poterit, an etiam ei, qui vim fecerat, passo vim restitui Praetor velit per hoc Edictum ea, quae alienavit? et POMPONIUS scribit lib. 28. non oportere ei Praetorem opem ferre. Nam, cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit, passus est: quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego cum coegero metu, te accepto liberare, nihil esse, quod ei restituatur.* Der Prätor giebt aber auch

2) gerichtliche Rechtsmittel, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, und zwar

a) Klagen. Diese sind von zweyerley Art,

α) die

9) L. 1. §. 27. L. 3. §. 9. D. de vi. S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum §. 206. u. 207.

10) L. 12. §. 1. D. h. t.

a) die *actio rescissoria utilis vel in rem vel in personam*¹¹⁾. Es ist die eigentlich die alte Klage, welche aus dem nach dem strengen Recht durch das erzwungene Geschäft erloschenen Rechte entspringt, und die der Prätor der Billigkeit wegen wieder giebt, nicht anders als wenn gar kein Recht verloren gegangen wäre. Habe ich also aus Furcht ein dingliches Recht aufgegeben, z. B. meine Sache veräußert, oder eine Erbschaft repudiirt, so giebt er mir die nach dem strengen Recht erloschene Realklage wieder, nämlich in den bemerkten Beispielen die Reivindication oder die Erbschaftsklage wider jeden dritten Besitzer, welche sich aber von der vorigen Klage darin unterscheidet, daß sie eine *actio in rem utilis* ist¹²⁾. Habe ich hingegen aus Zwang meinem Schuldner die Schuld erlassen, so restituirt mir der Prätor die nach dem strengen Recht erloschene Personalklage. Hieraus erklärt sich also, wie die *actio rescissoria utilis* bald in rem, bald in personam seyn könne. Sie ist eine persönliche, wenn das Recht, woraus sie entspringt, und welches mir der Prätor restituirt, ein persönliches ist; eine dingliche aber, wenn dieses Recht ein dingliches ist. Nun wird man auch verstehen, wenn Ulpian¹³⁾ sagt: *Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione. — Licet autem in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est;*
 (zwar

11) *L. 9. §. 4. L. 21. §. 6. D. h. t. L. 3. Cod. eodem.* HOF-ACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 837. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 25.

12) CUIACIUS ad *L. 9. §. 4. D. h. t.*

13) *L. 9. §. 4. et 6. D. h. t.*

(zwar nicht nach der Subtilität des strengen Rechts, aber nach der Billigkeit des Prätor's, welcher die erzwungene Alienation nicht gelten läßt) *verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem.* Paulus ¹⁴⁾ erläutert dieses noch durch folgendes Beispiel: *Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit: aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando; ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.* Wenn ich also aus Furcht eine Erbschaft habe ausschlagen müssen, so kann ich die *hereditatis petitionem utilem* anstellen. Ich verbinde jedoch damit das Gesuch, die geschehene Repudiation, als ungültig, wieder aufzuheben, und mich für einen solchen, dem sein Erbrecht annoch zusteht, zu erklären, demnächst aber zu erkennen, daß Beklagter mir die Erbschaft mit allen erhobenen oder zu erheben gewesenen Nutzungen nach einem zu Recht beständigen Erbschaftsverzeichniß, nebst Erstattung aller Schäden und Kosten abzutreten schuldig sey. Der Prätor giebt mir aber auch noch

ß) eine neue Klage; dieß ist die *actio quod metus causa*, welche mit jener erstern elective concurrirt. Diese Klage findet nach Ulpian's ¹⁵⁾ Lehre Statt, daß erzwungene Geschäft mag durch die Uebergabe schon vollzogen seyn, oder nicht, und hat die besondere Eigenschaft, daß sie nicht nur gegen jeden Besizer der mir abgezwungenen Sache angestellet werden kann, sondern auch eine Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz nach sich zieht, wenn derselbe der richterlichen Sentenz nicht gutwillig

14) L. 21. §. 6. D. h. t.

15) L. 9. §. 3. D. h. t.

lig Folge leistet, und die Klage binnen vier Jahren angestellet wird¹⁶⁾. Jene Eigenschaft macht sie zur actio in rem scripta, diese zur actio arbitraria¹⁷⁾. Von dieser Klage in den folgenden §§. ein mehreres.

Ich kann aber des erlittenen wiederrechtlichen Zwanges wegen nicht nur klagen, sondern mich auch

b) einer Einrede bedienen, nämlich der Prätor giebt mir die *exceptionem quod metus causa*¹⁸⁾. Diese findet in zwey Fällen Statt:

1) wenn ich aus Furcht etwas versprochen habe, und aus diesem Versprechen auf dessen Erfüllung belangt werde.

2) Wenn ich die mir durch Furcht abgezwungene Sache in der Folge wieder erhalten habe, und derjenige, welcher mir dieselbe abnöthigte, oder ein Dritter, der sie von ihm erhielt, solche als die seinige vindiciren will¹⁹⁾. (§. 435.) Diese *metus causa exceptio* ist übrigens, wie die Klage, in rem scripta, und findet daher Statt, der Kläger mag eben derjenige seyn, welcher mich in Furcht setzte, oder ein Dritter²⁰⁾. Endlich

c) kann

16) *L. 14. §. 3. et 4. D. eodem.*

17) *C. den 3. Zh. dieses Commentars §. 274. C. 554. folg.*

18) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et metus exceptione.*

19) *L. 5. Cod. de exceptionibus.*

20) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except. Metus causa exceptio in rem scripta est: Si in ea re nihil metus causa factum est; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit.*

c) kann man sich auch einer Replik wegen der Furcht bedienen. Ich stelle nämlich die vorige Klage geradezu an, die aus dem gewaltsam aufgegebenen Rechte, oder aus der Schuldverbindlichkeit entspringt, welche ich aus Furcht dem Schuldner habe erlassen müssen, ohne in dem Libell etwas von der geschehenen Repudiation oder Erlassung zu erwähnen; und wenn mir dann der Beklagte die Einrede entgegen setzt, daß eine Repudiation oder eine Schuldverlassung geschehen sey, und daher keine Klage Statt finde, so kann ich ihm die Replik vorhalten, daß das Geschäft, worauf der Beklagte seine Einrede gründet, durch ungerechte Furcht erzwungen worden sey, und mir daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zustehen²¹⁾.

§. 449.

Wem steht die actio quod metus zu? und gegen wen wird sie angestellt?

Wir wollen nun die Natur der prätorischen actionis quod metus causa noch näher kennen lernen. Diese Klage steht

1) nicht nur demjenigen zu, welcher durch ungerechte Furcht oder Gewalt in Schaden gesetzt worden ist, er mag das ihm angedrohte Uebel an sich selbst, oder an Anderen, die ihm angehören, z. E. an seiner Frau oder Kindern, zu besorgen gehabt haben²²⁾; sondern auch den Erben desselben und übrigen Successoren²³⁾, z. B. dem Legatar, dem die abgezwungene Sache vermacht worden ist; so wie

§ i 2

übers

21) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 32.

22) L. 8. §. 3. D. h. t. §. 2. I. de Injur. VOET ad Pandect. h. t. §. 11.

23) L. 16. §. 2. D. h. t.

überhaupt auch einem jeden Andern, welcher sonst dabey ein Interesse hat. Denn sie ist eine *actio rei persecutoria* ²⁴⁾. Sie kann daher auch von dem Bürgen angestellet werden, er mag entweder selbst zur Bürgschaft gezwungen, oder von dem zur Anerkennung einer gewissen Verbindlichkeit gewaltsam genöthigten Schuldner mit seiner Bewilligung bestellet worden seyn ²⁵⁾. (§. 443. C. 460. folg.) Es kann ferner

2) diese Klage nicht nur gegen denjenigen angestellet werden, der mich in Furcht gesetzt hat, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der mir abgezwungenen Sache, er sey ein *bonae* oder *malae fidei possessor* ²⁶⁾; denn sie ist eine *actio in rem scripta*. Wird die Klage wider denjenigen angestellet, der die Gewalt selbst ausgeübt hat, so kommt es nicht darauf an, ob derselbe die wiederrechtlich abgezwungene Sache noch besitzt ²⁷⁾, denn er ist doch immer als ein solcher anzusehen, *qui dolo possidere desiit*. Es ist auch gleichviel, ob derjenige, welcher mich in Furcht setzte, eine physische, oder moralische Person, z. B. ein Collegium, ist ²⁸⁾. Haben jedoch mehrere zugleich an dem unerlaubten Zwange Antheil genommen ²⁹⁾; so haften sie zwar in soli-

24) *L. 14. §. 2. in fin. D. h. t.*

25) *L. 14. §. 6. et 8. D. h. t.* VOET *h. t. §. 3. in fin.* Dem Bürgen kommt auch die *exceptio quod metus causa* zu. *L. 7. §. 1. D. de exception.*

26) *L. 14. §. 5. D. eod.*

27) *L. 14. §. 5. D. cit.*

28) *L. 9. §. 3. D. h. t.*

29) Auch die bloße Billigung der That kann hier Einen schon zum Theilnehmer machen. Denn in Ansehung der bürgerli-

solidum³⁰⁾; aber doch nur so, daß wenn einer das Ganze wieder ersetzt hat, gegen die übrigen keine Klage weiter Stadt findet³¹⁾. Klagt man wider den dritten Besitzer, so ist es nicht nothwendig, daß man in der Klagschrift die Person anzeige, durch deren Gewalt man in Schaden gesetzt worden ist³²⁾. Denn darauf kommt nichts an, es kann auch seyn, daß man die Person gar nicht kannte; es ist also genug, wenn ich in der Klage anführe, daß ich aus Furcht oder wegen erlittener Gewalt das Meinige habe weggeben müssen³³⁾. Da nun aber freylich hierin der Grund der Klage besteht, so muß ich diesen Umstand um so mehr beweisen, weil kein Zwang im Zweifel vermu-

§ i 3

thet

gerlichen Folgen einer unerlaubten Handlung findet die Regel Staat: *ratihabitio mandato aequiparatur*. L. 1. §. 14. *D. de vi et vi armata*. L. 152. §. 2. *D. de Reg. iur.* S. Kleinschrod's systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1 Th. §. 184.

30) Das *beneficium divisionis* kann hier nicht statt finden, wo die Correalverbindlichkeit aus einer unerlaubten Handlung entspringt. S. Hrn. Hofr. KLEINSCHROD *doctrina de reparatione damni delicto dati*. Specim. I. (*Wirceburgi* 1798. 4.) §. 9. et 10.

31) L. 14. §. 15. L. 15. et L. 16. *pr. D. h. t.* Denn die *actio quod metus causa* ist an sich nur eine *actio rei persecutoria*; sie wird nur dann erst zur Pönalklage, wenn der Beklagte dem richterlichen Erkenntniß keine Folge leistet. S. Io. ALTAMIRANUS *ad libr. quart. quaestion. Scaevolae* Tract. IV. (in *Thesaur. Meermann.* T. II. pag. 433. §. 5. und *de coecej ius civ. contr. h. t.* Qu. 9.

32) L. 14. §. 3. *D. h. t.* L. 15. §. *fin. D. de dolo malo.*

33) L. 14. §. 3. *D. h. t.*

thet werden kann³⁴⁾. Gegen die Erben desjenigen, welcher die ungerechte Gewalt ausübte, findet nach dem Röm. Rechte die Klage anders nicht Statt, als insofern etwas auf sie gekommen, oder die Klage schon gegen den Erblasser bey dessen Leben angestellt worden ist³⁵⁾. Man sieht nun zwar in jenem ersten Falle auf die Zeit der Litiscontestation, um zu bestimmen, was aus der unerlaubten Handlung des Erblassers auf den Erben gekommen ist³⁶⁾. Es ist indessen doch nicht immer nöthig, daß der Erbe die Sache zu der Zeit wirklich noch besitze, da er belangt wird. Er haftet für den Gewinn, wenn er auch die Sache selbst schon vorher verbraucht haben sollte³⁷⁾. Nur alsdann kann man nicht sagen, der Erbe sey durch den metum seines Erblassers reicher worden, wenn die Sache bey ihm durch Zufall zu Grunde gegangen ist³⁸⁾. Sie muß nur nicht

34) *L. ult. pr. D. h. t. L. 13. Cod. de transact. L. 9. C. de his, quae vi metusve causa.* DOMPIERRE h. t. §. 21.

35) *L. 16. §. 2. D. h. t. L. un. Cod. ex delict. defunctor. in quantum heredes convenientur.* In dem letztern Gesetz heißt es: *Post litis contestationem eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, — defuncto, successores eius in solitum, alioquin, in quantum ad eos pervenit, conveniri, iuris absolutissimi est; ne alieno scelere ditentur.* Man sehe hier *Petr. DUISSEMA Conjecturalium iur. civ. Lib. I. cap. 7. (Groening. 1714. 8.)*

36) *L. 20. D. h. t.*

37) *L. 17. D. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L. 127. D. de Reg. iur.* zu verstehen, wie POTHIER in *Pandect. Iustinian. h. t. nr. XXI.* bemerkt.

38) *L. 18. D. h. t.* NOODT in *Comment. ad Pand. h. t. pag. 112.* ist zwar Anderer Meinung, und will die *L. 18.* nicht von dem Erben, sondern von dem Dritten *bonae fidei possessore* verstehen.

nicht erst nach der Litiscontestation zu Grunde gegangen seyn. Denn ist soviel gewiß, daß die Sache zur Zeit der Litiscontestation noch in den Händen des Erben war, so ist nun die Klage, wie Cajus ³⁹⁾ sagt, auf immer begründet, weil es bey dem Erben auf das tempus rei indicatae nicht ankommt ⁴⁰⁾. Ist der Erbe schon verstorben, so haftet desselben Erbe, wenn er gleich nicht reicher worden, doch immer wenigstens in so weit, als der heres proximus belangt werden konnte ⁴¹⁾. So nach dem römischen Rechte. Allein nach dem kononischen Rechte findet die Klage gegen die Erben ohne Unterschied Statt, der Erbe

§i 4 haftet

stehen. Der Erbe soll nach seiner Meinung für den Zufall so gut haften, als wenn er die Sache consumirt hätte. Der nämlichen Meinung ist auch *Ant. FABER* in *Rational. ad L. 18. D. cit.* Allein die *L. 1. C. h. t.* worauf man sich beruft, redet offenbar von demjenigen, der mich in Furcht setzte, oder dem male fidei possessore, nicht von dem Erben, der in bona fide ist; so verstehen dieses Gesetz auch *WISSENBACH* in *Commentar. ad L. 1. Cod. cit. pag. 101.* und *WESTENBERG* in *Princip. iur. secund. ord. Digestor. h. t. §. 30.* Daß nun aber in der *L. 18. D. h. t.* unter dem *alius*, an welchen die Sache gekommen ist, vorzüglich auch der Erbe gemeint sey, lehrt der Zusammenhang mit der vorhergehenden *L. 17.* und den nachfolgenden *LL. 19. u. 20. D. h. t.* welche alle von dem Erben reden. *G. POTHIER* c. 1. nr. XXI. not. d. und *HUFELAND* *Diss. de legum in Pandect. interpretandar. subsidio, ex earum nexu et consecut. petendo §. 9. sqq.*

39) *L. 19. D. h. t.*

40) *CUJACIUS* ad *L. 17. D. h. t.* *POTHIER* *Pandect. Justin. h. t.* nr. XXI. not. a. pag. 132. u. *DOMPIERRE* h. t. §. 24.

41) *L. 17. D. h. t.*

haftet wenigstens immer, so weit die Erbschaft zureicht ⁴²⁾; und dieses Recht befolgen wir in der Praxis ⁴³⁾.

§. 450.

Gesuch der actionis quod metus causa. Wie wenn die abgezwungene Sache zu Grunde gegangen ist?

Die Klage geht übrigens nach dem Unterschied der Fälle bald auf die Herausgabe der durch Furcht abgezwungenen Sache mit allen Nutzungen und Zubehör ⁴⁴⁾, nicht minder auf Leistung einer Caution de dolo, daß nämlich der Besitzer für alle Deterioration haften wolle. ⁴⁵⁾; bald geht sie darauf, daß das aus Furcht geschehene Versprechen, oder die geschehene Entsagung oder Schulderrückzahlung u. d. für nicht geschehen erklärt, und folglich der Beklagte das leiste oder gebe, wozu er vor der erzwungenen Entsagung oder Erlassung verbunden war ⁴⁶⁾. Ist die durch Furcht abgezwungene Sache nicht mehr vorhanden, so

42) *Cap. 5. X. de Raptorib.*

43) S. REINHARTH *Observat. select. ad Christinaei Decisiones* Vol. III. Obs. 11. *Ferd. Christ. MÜLLER Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus, praes. Ge. Henr. AYRERO Goett. 1752. def. §. 30. KLEINSCROD Doctr. de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 14. und Schmidt's theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1287. S. 160.*

44) *L. 12. pr. D. h. t.* Nach dieser Stelle muß der malae fidei possessor auch die *fructus percipiendos* vergüten, welche der Eigenthümer nach seiner Art noch hätte gewinnen können.

45) *L. 9. §. 5. et 7. D. h. t. Ant. FABER Rational. ad. h. L.*

46) *L. 9. §. 7. L. 10. D. h. t.*

so ist ein Unterschied zu machen, ob sie bey denjenigen selbst durch Zufall zu Grunde gegangen ist, welcher dieselbe durch widerrechtlichen Zwang an sich brachte, oder bey dem dritten Besizer. In jenem Falle muß der Beklagte für den Casus haften, wenn die Sache bey dem Eigenthümer selbst nicht zu Grunde gegangen seyn würde. Ulpian⁴⁷⁾ sagt ausdrücklich: *si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset: tenebitur reus.* Es würde also nach dieser Lehre Ulpian's auch selbst derjenige, welcher die Furcht eingejagt hat, für den Unglücksfall alsdann nicht haften dürfen, wenn die abgezwungene Sache auch eben so gut bey dem Eigenthümer selbst zu Grunde gegangen seyn würde, wofern nicht etwa der Kläger die Sache an einen Dritten hätte verkaufen können, so daß der Zufall diesen betroffen, und der Eigenthümer doch das Kaufgeld bekommen hätte. In diesem Falle muß der Beklagte allerdings den Werth vergüten, weil er durch seine unerlaubte Handlung den Kläger um diesen Gewinn gebracht hat. Daher setzt Ulpian noch hinzu: *Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset*⁴⁸⁾. Das nämliche gilt auch von einem dritten *malae fidei possessore*. Ist hingegen die Sache bey dem *bonae fidei possessore* zu Grunde gegangen, so ist zu unterscheiden, ob sich der Zufall vor erhobener Klage ereignete, oder während des Processess. In dem ersten Falle haftet er für keinen Schaden, wenn er ihn auch durch seine Nachlässigkeit veranlaßt hätte: *quia quasi suam rem neglexit*⁴⁹⁾. In dem

Si 5 andern.

47) L. 14. §. 11. D. h. t.

48) G. DOMPIERRE h. t. §. 30.

49) L. 31. §. 3. D. de heredit. petit. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4.

andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob der Zufall durch des Beklagten Nachlässigkeit veranlaßt wurde, oder ohne seine Schuld. Im letztern Falle muß er gleichfalls freigesprochen werden ⁵⁰⁾, weil ein *bonae fidei possessor* auch nach der *Litiscontestatio*n für keine Unglücksfälle steht ⁵¹⁾. *Nec enim debet bonae fidei possessor aut mortalitatem praestare*, sagt Paulus ⁵²⁾, *aut propter metum huius periculi, temere indefensum ius suum relinquere*. In dem ersten Falle hingegen ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen, denn in Absicht auf *doli et culpa*e praestationem werden alle *bonae fidei possessor*es von Zeit der Erhobenen Klage an den *malae fidei possessoribus* gleichgeachtet ⁵³⁾

Geht die Sache erst nach dem Definitivurtheil zu Grunde, so muß jeder Besizer ohne Unterschied, er sey *bonae* oder *malae fidei possessor*, den Schaden tragen ⁵⁴⁾. Das Röm. Recht macht zwar einen Unterschied, ob sich der Zufall *intra tempora actionis iudicati* zugetragen, oder *post tempus iudicati* *);
und

50) *L. 14. §. 5. D. h. t.*

51) *L. 16. pr. D. de Rei vindicat. G. Christoph. Christ. HASSE Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituitur. Goett. 1780. §. 20. und Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum. §. 933. u. 940.*

52) *L. 40. pr. D. de hereditat. petit.*

53) *L. 45. D. de Rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. re-gundor.*

54) WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 31. et 32.

*) Das *tempus rei iudicatae* bestand zu Ulpian's Zeiten noch in in einem Zeitraum von 30 Tagen; dieser war nach GELLIIUS *Noct. Attic. XV. 3.* schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln festgesetzt.

und will, daß in dem ersten Falle der Beklagte von dem Ersatz des Werthes frey seyn, und der Kläger sich bloß mit der poena tripli begnügen solle; dahingegen in dem letztern Falle den Beklagten von der Strafe des vierfachen Ersatzes nichts befreyen kann⁵⁵⁾. Allein da sich diese Distinction auf die Privatstrafe bezieht, die nach dem Röm. Rechte bey der actione quod metus causa, im Falle des Ungehorsams, erkannt werden konnte, so fällt dieser Unterschied, wie schon Voet⁵⁶⁾ bemerkt hat, heut zu Tage weg.

Auß allem diesen ergibt sich also, daß die actio quod metus causa eigentlich an sich eine actio rei persecutoria ist. Allein stellte sie der Kläger ehemals intra annum utilem, nach dem neuern Röm. Recht aber binnen vier Jahren an, so konnte sie bei den Römern dadurch zur Pönalklage werden, wenn der Beklagte der richterlichen Auflage, arbitrio iudicis), den Kläger zu befriedigen, keine Folge leistete⁵⁷⁾. Nun konnte der Kläger das Vierfache

setzt. Erst Justinian bestimmte eine vier monatliche Zeitfrist. *L. ult. C. de Usur. rei iudic.*

55) *L. 14. §. 11. D. h. t.*

56) *Comm. ad Pand. h. t. §. 8.*

57) *L. 14. §. 3. in fin. D. h. t.* sagt: Non statim quadrupli est actio, sed si res non restituitur; und §. 4. heißt es: Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam, usquae ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur; und in dem §. 27. *I. de action.* sagt Justinian, es liege stillschweigend schon in der Natur der actionis quod metus causa, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur.

sache fordern, worin jedoch auch, wie Ulpian⁵⁸⁾ sagt, die Restitution der abgezwungenen Sache selbst, und was dazu gehörte, enthalten war; zuweilen aber nur das triplum, wenn es im Falle eines erzwungenen Versprechens nur auf eine Acceptilation angesehen war, und diese der Beklagte, dem arbitrio iudicis gemäß, zu bewirken sich weigerte; welche Meinung wenigstens Ulpian⁵⁹⁾ gegen Julian und Labeo, als die billigere, behauptete. Noch ist zu bemerken, daß, wenn jene Strafe des Ungehorsams eintrat, das alles quadruplicirt werden mußte, was der Beklagte zu restituiren schuldig war⁶⁰⁾; also nicht nur der Werth der Sache, sondern auch die Früchte derselben, auch selbst die, welche der Beklagte nicht percipirt hat, wenn sie nur der Kläger nach seiner Art zu wirthschaften noch hätte ziehen und gewinnen können, wenn er nicht durch die gewaltsame Handlung des Beklagten daran wäre gehindert worden, und was sonst noch zur Sache gehört (omnis causa)⁶¹⁾.

Es versteht sich aber auch von selbst, daß der Kläger dasjenige, was er aus dem erzwungenen Geschäft von dem Beklagten in Händen hat, z. B. das Kaufgeld, wenn er gegen

58) *L. 14. §. 10. D. h. t.* Warum der Prätor bey der actione quod metus causa den Ungehorsam des Beklagten mit der poena quadrupli bestraft wissen wolle, untersucht GUNDLING Tr. de efficientia metus in promissionibus cap. VI. §. 22.

59) *L. 14. §. 9. D. h. t.* Man sehe über diese Stelle POTHIER in Pandect. Justin. h. t. nr. XXVI. not. i.

60) *L. 14. §. 1. L. 21. §. 2. D. h. t.*

61) *L. 12. pr. L. 14. §. 7. D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 26.

gegen den erzwungenen Verkauf des Seinigen Restitution sucht, zurückgeben müsse ⁶²⁾).

§. 451.

Findet die actio quod metus auch noch h. z. L. Statt? und in welchen Fällen cessirt sie?

Ob nach den heutigen Rechten die prätorische Restitution bey erzwungenen Geschäften noch nöthig sey? ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Viele wollen den heutigen Gebrauch derselben aus dem Grunde läugnen, weil dergleichen Geschäfte heut zu Tage schon an sich nichtig wären ⁶³⁾. Der Verletzte könne also das Seinige vin-

62) *L. 3. et 4. C. de his, quae vi metusve causa.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Eine Ausnahme macht *L. pen. Cod. eod.* in dem Falle, wenn eine öffentliche Person durch Mißbrauch ihrer Amtsgewalt einen Kauf erzwungen hat. Eine solche Person soll nach dem angeführten Gesetz die durch den erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache unentgeltlich an den Verkäufer wieder zurück geben. Gleiche Strafe des Verlusts am Kaufgelde soll bey denen Staat finden, qui vel *conjugis* vel *amici* nominibus abutentes, praedam tamen sibi acquirant. Nach einer gewissen Verordnung des Krs Valentinian *L. 5. C. Th. de his, quae administrant. vel offic. publ. gerentibus distructa*) soll zwar in jenem Falle die verkaufte Sache an den Fiskus verfallen seyn, wenn der Verkäufer sie binnen 5 Jahren nicht zurück fordert. Allein da Justinian diese Verordnung in seinen Coder nicht aufgenommen hat, so ist sie für aufgehoben zu halten. S. GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. h. t. pag. 88.

63) GUNDLING Tr. de efficientia metus Cap. 6. §. 28. sqq. CARRACH Adnotat. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 39. ad verb. *iuris* et §. 43. ad verb. *difficillimam*. PAULI Diss. de incongrua

vindiciren, oder sich der Publicianischen Klage bedienen, oder die Contractsklage oder auch *condictionem indebiti* anstellen. Ja nach dem kanonischen Rechte komme ihm auch die Spolienklage zu statten. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet. Die Ungültigkeit eines Geschäfts hindert ja die Anwendbarkeit der prätorischen Restitution nicht, wenn die ordentliche Klage entweder in einem gewissen Falle gar nicht Statt findet, oder das Restitutionsgesuch dem Verletzten vortheilhafter ist. Nun ist es gewiß in dem Falle, da die abgezwungene Sache ein Dritter besitzt, immer besser, die *actionem quod metus causa* anzustellen, als diesen mit der Eigenthumsklage zu belangen, weil bey dieser das Eigenthum, wenn auch nur das präsumtive, bewiesen werden muß, dahingegen bey jener prätorischen Klage weiter nichts, als der erlittene Zwang, erwiesen werden darf⁶⁴). Nun braucht man zwar auch bey der Spolienklage nur das erlittene Spolium zu beweisen. Allein die Klage findet doch nicht so, wie die *actio quod metus causa*, wider den dritten *bonae fidei possessorem* Statt⁶⁵).

Allein

grua praxi doctrinae iur. Rom. de restitutione in integr. ex capite metus. *Gedani* 1758. *Dan.* NETTELBLADT System. elem. iurisprud. positivae Germ. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 354. und WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere restitutionibus in integr. praetor. communi §. 14.

64) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae Cap. IV. §. 35. (*Opuscul.* Fasc. IV. pag. 67. sqq.) und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1006. S. 970.

65) C. H. BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 13. §. 6. sqq.

Allein eine andere Frage ist, ob die actio quod metus causa im Falle des Ungehorsams des Beklagten noch heutiges Tages die Strafe des vierfachen Ersatzes zur Folge habe. Verschiedene Rechtsgelehrten⁶⁶⁾ wollen dies wirklich behaupten. Allein die meisten⁶⁷⁾ läugnen dieses aus dem Grunde, weil sich die Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz, welche immer erst ein vorhergehendes arbitrium iudicis erforderte, mit unserer heutigen Prozeßform nicht verträgt, und überhaupt die Gewalt des Richters sich bey uns nicht mehr so weit erstreckt, daß er den Beklagten bloß des Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte. Dieser Meinung stimmt auch unser Verfasser bey.

Uebrigens cessirt die Klage

1) wenn das erzwungene Geschäft durch nachher erfolgte freye Einwilligung genehmiget worden ist⁶⁸⁾. Diese Genehmigung kann auch stillschweigend geschehen, wenn man dasjenige nachher freywillig giebt oder thut, was man aus

66) *I. Henr.* BERGER Comment. de usu actionum cum rei persecutor. tum in primis poenaliu §. 29. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. 24. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 840. und SCHMIDT im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1289.

67) THOMASIIUS in Disp. de usu actionum poenal. iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 14. SCHAUMBURG in Compend. iur. Dig. h. t. §. 7. *Henr. Ern.* KESTNER de valore Digestorum Diss. IV. pag. 37. GUDELINUS de iure novissimo Lib. III. cap. 12. VOLT h. t. §. 18. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1135.

68) *L. 4. C. h. t.*

aus Zwang versprochen hat ⁶⁹⁾. Man kann auch das Versprechen dadurch als gültig anerkennen, wenn man zur Bestärkung desselben nachher aus freyen Willen ein Pfand giebt, oder einen Bürgen stellt ⁷⁰⁾. Der Eid hingegen, wodurch das erzwungene Geschäft bestärkt worden, kann demselben keine Gültigkeit verschaffen, wenn auch dieser durch Furcht veranlaßt wurde ⁷¹⁾.

2) Fällt die Klage weg, wenn ihr eine gesetzmäßige Verjährung entgegensteht. Diese kann bald in einem Ablauf von vier Jahren bestehen ⁷²⁾, wann entweder von der Strafe des vierfachen Ersatzes die Rede ist, oder die Klage gegen den *malae fidei possessor* angestellt werden will, der die abgezwungene Sache zu besitzen aufgehört hat, ohne dadurch reicher geworden zu seyn ⁷³⁾; (§. 439.) oder die Sache zwar noch in Natur vorhanden ist, allein dem Kläger eine andere Klage zusteht ⁷⁴⁾. Bald tritt die Verjäh-

69) *L. 2. C. eod.*

70) VOET h. t. §. 16.

71) *I. H.* BOEHMER *Iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 40. §. 4.* VOET ad *Pand. h. t. §. 16. in fin.* WERNHER *Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 483.*

72) Daß durch die *L. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* der annus utilis auch bey der actione quod metus causa aufgehoben worden, habe ich oben §. 436. gezeigt. Man sehe auch GUNDLING de efficientia metus in promissionibus Cap. VI. §. 23. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH in *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32.* und HOFACKER *Princip. iur. civ. T. II. §. 840.*

73) WESTPHAL *Progr. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetor. communi. §. 13.*

74) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.* BOEHMER *doctr. de actionib. Sect. II. cap. 11. §. 43. not. u.*

jährung erst nach dreißig Jahren ein, nämlich wenn die Klage bloß auf Wiedererlangung der noch vorhandenen Sache, oder auf Herausgabe des davon erhaltenen Gewinnsteß, den der Beklagte noch besitzt, abzwedt⁷⁵⁾. Zuweilen kann sich jedoch der dritte bonae fidei possessor mit der longae possessionis praescriptione schügen, wenn nämlich der Kläger durch eine bloß compulsive Gewalt zur Veräußerung seiner Sache gezwungen worden ist, und der Beklagte solche durch einen gerechten Titel an sich gebracht hat. In diesem Falle kann es geschehen, daß die actio quod metus causa in Gefolge der Usucapion, welche der Beklagte für sich hat, in kürzerer Zeit erlöscht⁷⁶⁾. Zwar redet der Kr. Gordian in seiner Verordnung⁷⁷⁾ nur von einer unbeweglichen Sache. Ich glaube aber, daß nach der Rechtsanalogie⁷⁸⁾ dem bonae fidei possessori auch eben so gut bey einer beweglichen Sache die Usucapion zu statten kommen kann, weil man doch, wie Ulpian⁷⁹⁾ bemerkt, nicht sagen kann, daß derjenige gerade ein Dieb sey, welcher durch Gewalt den Besitz der Sache vom Eigenthümer erhalten hat. Die compulsive Gewalt bewirkt hier

75) L. 21. §. 1. D. h. t. vort ad Pand. h. t. §. 18.

76) L. 3. C. de his, quae vi metusve causa, wo es heißt: si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

77) L. 3. cit. sagt: Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est; etc.

78) L. 5. pr. D. de div. tempor. praescript.

79) L. 14. §. 12. D. h. t. Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, fur non est. Es findet daher die Vorschrift des §. 3. I. de Usucap. hier keine Anwendung.
Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. R f

hier kein solches vitium reale, welches die Usucapion auf Seiten des dritten bonae fidei possessoris hindern könnte⁸⁰⁾. Der malae fidei possessor wird sich hingegen heutiges Tages schwerlich auf eine Verjährung berufen können, in sofern er nämlich die Sache noch besitzt, oder sich sonst dadurch bereichert hat; weil nach dem kanonischen Rechte auch zur extinctiven Verjährung die bona fides erfordert wird⁸¹⁾.

80) G. LUDOVICI Diss. de vitio reali et personali. (*Halae* 1710.) §. 5.

81) Man sehe WEHRN doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi. Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52.

De dolo malo.

Wenn hat die Restitution wegen des Betrugs Statt? Urheber
dieses Edicts. Veranlassung desselben.

Wenn wir hier den *dolus malus* als die andere in dem Edict des Prätors ausdrücklich genannte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrachten, so verstehen wir darunter eine Täuschung, die auf eine unerlaubte Art in der bösen Absicht geschieht, um einem andern zu schaden. Ich sage, auf eine unerlaubte Art. Denn zuweilen ist die Verstellung nicht unerlaubt, wenn sie gleich nicht ohne Schaden des andern geschieht; nämlich wenn man sie dazu braucht, um das Seinige zu retten, oder sich sonst einen erlaubten Vortheil zu verschaffen. Eine solche erlaubte Verstellung nennet man *dolum bonum*, ein Ausdruck, der, wie Ulpian ⁸²⁾ sagt, bei den Alten eben das bezeichnete, was man sonst *solertiam* nennt. Von diesem ist nun zwar hier eigentlich die Rede nicht, ich glaubte es aber doch wenigstens darum bemerken zu müssen, weil Labeo bey Ulpian ⁸³⁾ den Servius deswegen tadelt, daß er durch seinen Begriff den *dolum malum* nicht genug vom *dolo bono* unterschieden habe, obgleich dieser Tadel mehr den C. Aquilius Gallus trifft, welcher, wie Cicero ⁸⁴⁾ erzählt,

Rf 2 zählt,

S4) De *officiis* Lib. III. cap. 14. in fin. S. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 4.

zählt, auf die Frage, was *dolus malus* sey, die Antwort gab, *cum esset aliud simulatum, aliud actum.*

Die Restitution wegen des Betrugs findet nun in allen den Fällen Statt, wo man sich wegen des erlittenen Betrugs sonst durch kein anderes Rechtsmittel helfen kann, und es doch der Billigkeit gemäß ist, daß der zugefügte Schaden ersetzt werde. *Quae dolo malo facta esse dicentur*, sagt der Prätor in seinem Edict, so wie es *Ulpian*⁸⁵⁾ aufgezeichnet hat, *si de his alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Hauptsächlich war zwar auch diese Restitution wegen der *stricti iuris Contracte* eingeführt, weil sich bey diesen der Betrogene nicht so, wie bey den *bonae fidei Contracten*, mit der Contractsklage helfen konnte wenn er sich nicht mit der Formel: *dolum malum abfuturum*, bey Schließung des Contracts vorgesehen hatte⁸⁶⁾. Ja es scheint fast, daß die famöse Geschichte des *Cajus Canius*, welche uns *Cicero*⁸⁷⁾ so naiv erzählt hat, dergleichen Fälle aber auch vielleicht schon mehrmals vorgekommen seyn mochten, den Freund und Collegem des *Cicero*, ich meine den Prätor *Aquilius Gallus*, veranlaßt habe, jenes Rechtsmittel wider den *dolum malum* in seinem Edict einzuführen, welches *Cicero*⁸⁸⁾ sehr richtig *omnis malitiae everriculum* nennt⁸⁹⁾. Allein es findet

die:

85) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

86) Man erinnere sich hier an dasjenige, was oben von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen und Contracten *Lib. II. Tit. 14. §. 296.* vorgekommen ist.

87) *De officiis Lib. III. cap. 14.*

88) *De natura Deorum Lib. III. cap. 30.*

89) *Burch. Christ. de BEHR Diss. de actionae doli mali, omnis malitiae everriculo. Goetting. 1738.*

dieses Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch ausser den *stricti iuris* Contracten in andern Fällen Statt, wo man durch den Betrug des Andern in Schaden gesetzt worden ist. Dahin gehört z. B. wenn mir Jemand wissentlich einen schlechten Rath giebt⁹⁰⁾; oder es versichert mir Jemand um seines Vortheils willen, *Titius* sey ein sicherer Mann, dem man creditiren könne, da er doch die schlechten Vermögensumstände desselben kannte, und ich verliere nachher bey *Titius* mein Geld⁹¹⁾; oder der Substitut überredet mich betrügerischer weise, eine Erbschaft auszuschlagen, unter dem Vorwande, sie sey verschuldet⁹²⁾; oder es verleitet mich Jemand durch Betrug, eine verschuldete Erbschaft anzutreten⁹³⁾. In allen diesen Fällen kann ich gegen den, welcher mich durch seinen Betrug zu einer nachtheiligen Willensbestimmung veranlaßte, mit der *actione doli* auf den Ersatz alles erlittenen Schadens klagen, nur muß mich nicht etwa in jenem letztern Falle der alleinige Gläubiger des Erblassers beredet haben, die Erbschaft anzutreten, weil ich mich gegen diesen schon mit der *exceptione doli mali* schützen kann⁹⁴⁾. Ueberhaupt wird hier allemahl vorausgesetzt, daß kein anders Rechtsmittel vorhanden sey, um das Seinige wieder zu erhalten, oder sich sonst seines Schadens zu erholen⁹⁵⁾. Es findet daher

Rf 3

3) bey

90) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2016.

91) *L. 8. D. h. t.*

92) *L. 9. §. 1. D. h. t.*

93) *L. 40. D. h. t.*

94) *L. 40. D. h. t.*

95) *L. 7. pr. D. h. t.* Eleganter ROMPONIUS haec verba: *Si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit.

1) bey den bonae fidei Contracten die actio doli nicht Statt, weil man hier mit der Contractsklage fort- kommt, es sey auf die Zernichtung des ganzen Contracts, oder nur auf das Interesse angesehen⁹⁶⁾ (§. 296.) Bey diesen muß auch der Erbe den Betrug seines Erblassers in solidum vertreten, wenn gleich aus des Verstorbenen Betrüge nichts auf ihn gekommen wäre⁹⁷⁾. Denn die Verbindlichkeit aus solchen Contracten geht in ihrem ganzen Umfange auf den Erben über⁹⁸⁾. Nur wenn ein Dritter den Betrug gespielt hat, mit welchem mein Mit-

con-

96) *L. 9. D. h. t. Si quis affirmavit, minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit: non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat. Add. L. 11. §. 5. D. de action. emti vend. L. 32. D. eodem. S. Guil. PROUSTBAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. 10. §. 4 et 5. (Tom. III. Thes. Meermann pag. 498.)*

97) *L. 152. §. 3. D. de div. Reg. iur. In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur. — L. 157. §. 2. D. eodem. In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est. — L. 7. §. 1. D. Depositi. Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reiquae persecutione descendit: ideoque insolidum unus heres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque heres est.*

98) *L. 49. D. de obligat. et actionib. Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. S. WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et causarum damni, habita doli mali, culpa, morae etc. ratione, praestandi. Cap. IV. §. 38. pag. 273. sqq.*

contrahent colludirte, so kann ich freylich gegen den Dritten, der nicht mit mir contrahirt hat, aus dem Contract nicht klagen; sondern gegen diesen findet nur die *actio doli* Statt, wann mein Mitcontrahent mich nicht entschädigen kann⁹⁹⁾. Z. B. ein Dritter leihet dem Verkäufer wissentlich zu leichte Gewichte. Hier kann zwar der betrogene Käufer *actione empti* gegen den Verkäufer wegen des Abgangs der Waare klagen; allein kann ihn dieser nicht entschädigen, so kommt ihm die *actio doli* gegen den Dritten allerdings zu statten¹⁰⁰⁾. Eben so ist es, wenn mein Procurator durch unerlaubtes Verständniß mit meinem Gegner mir den Verlust des Processess zuzog. Hier muß ich mich zunächst an meinen Procurator halten, und gegen diesen *actione mandati* klagen. Hat aber dieser nichts, so kann ich meinen Gegner *ex dolo* belangen¹⁾.

2) Fällt die Restitution wegen des Betrugs weg, wenn dem Betrogenen entweder eine andere Art der Restitution zukommt, z. B. wenn ein Minderjähriger betrogen worden ist²⁾ oder wenn es wenigstens an einer *actione ordinaria* nicht fehlt, wodurch er seine Entschädigung erhalten kann. Z. B. wenn ein Unmündiger durch Collusion seines Vormundes von einem Dritten betrogen worden ist, so kann er nicht sogleich gegen den Dritten *actione doli* klagen; weil ihm die *actio tutelae* gegen seinen Vormund zusteht, mittelst welcher er alles Interesse erhält

Rf 4

ten

99) VOET Comment. ad Pand. l. t. §. 5. und NOODT de forma emendandi doli mali cap. 13.

100) L. 19. §. 3. D. h. t.

1) L. 7. §. 9. D. h. t.

2) L. 38. D. h. t.

ten kann³⁾. Er kann dem Dritten nur alsdann de **dolo** belangen, wenn der Vormund nicht solvent ist⁴⁾; und dem Pupillen auch nicht durch die Restitutio geholfen werden kann, die ihm sonst seines Alters wegen zukommt⁵⁾.

3) Die Klage wegen des Betrugs findet auch nicht einmal alsdann Statt, wenn gleich die ordentliche Klage erloschen ist, wenn es nämlich der Betrogene nur seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, daß die Verjährungszeit verstrich. Ein anders wäre freylich, wenn, wie Ulpian⁶⁾ sagt, in hoc quoque dolus malus admixtus sit, ut tempus exiret. Ist es jedoch

4) zweifelhaft, ob ein anderes Rechtsmittel anwendbar oder hinlänglich sey, so findet die Klage wegen des Betrugs Statt. Non solum si alia actio non sit, sagt Ulpian⁷⁾, sed et si dubitetur, an alia sit, putat LABEO de dolo dandam actionem.

§. 454.

Was finden wegen des Betrugs für Rechtsmittel Statt, wenn deswegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird.

Die Rechtsmittel, welcher der Prätor wegen des Betrugs giebt, sind verschieden, theils Klagen, theils **Einreden**.

3) *L. 5. D. h. t.*

4) *L. 6. D. h. t.* Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.

5) VOET h. t. §. 16.

6) *L. 1. §. 6. et 7. D. h. t.*

7) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

reden. Hier fällt jedoch die Wahl weg, die dem Verletzten bey der Restitution wegen erlittenen Zwanges zusteht. Denn kann sich der Betrogene mit der Einrede oder Replik des Betrugs helfen, so findet die *actio de dolo* nicht Statt. Paulus ⁸⁾ führt z. B. folgenden Fall an: Quum a te pecuniam peterem, eoque nomine iudicium acceptum esset; falso mihi persuasisti, tanquam eum pecuniam servo meo aut procuratori solvisses; eoque nomine consecutus es, ut consentiente me absolvaris: quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat; placuit *de dolo actionem non dari*, quia alio modo mihi succurri potest. Nam ex integro agere possum; et, si obiciatur exceptio rei iudicatae, *replicatione* (sc. doli mali) iure uti potero. So wie hier die *actio doli* darum wegfällt, weil der hintergangene Gläubiger sich mit der Replik des Betrugs helfen kann, wenn er die Schuldklage, von der sich der Schuldner durch sein falsches Vorgeben, als sey die Schuld bezahlt, eine Loßsprechung zu verschaffen gewußt hatte, von neuen anstellt, und ihm die *exceptio rei iudicatae* entgegengesetzt wird ⁹⁾; eben so wenig kann auch dann *de dolo* geklagt

R f 5

wer:

8) *L. 25. D. h. t.*

9) Es scheint widersprechend zu seyn, wenn Paulus in der *L. 20. §. 1. D. h. t.* die *actionem doli* in dem Falle gestattet, da der Beklagte durch sein falsches Vorgeben, er habe mit meinem Erblasser in keiner Societät gestanden, eine Loßsprechung von der Klage ausgewirkt hat. Man sucht diesen Widerspruch auf verschiedene Art zu heben. PACIUS *Εναντιοπαρών* s. *Legum Concililar. Centur. II. Qu. 80.* dem auch VOET ad *Pand. h. t. §. 19.* beytritt, glaubt, es komme darauf an, ob der Loßgesprochene Schuldner sich auf die vorige Klage wieder einzulassen

werden, wenn der Betrogene durch die *exceptionem doli* hinlänglich gedeckt ist. *Furius Anthianus*¹⁰⁾ hat hiervon folgenden Fall. *Titius* ist der alleinige Gläubiger meines verstorbenen Erblassers. Dieser verleitet mich durch sein betrügerisches Vorgeben, die Erbschaft sey ansehnlich, und zur Bezahlung seiner Forderung bei weitem hinreichend, daß ich eine verschuldete Erbschaft antrete. Hier kann ich nicht de dolo malo klagen, sondern ich muß den betrügerischen Gläubiger die *exceptionem doli* entgegen setzen, wenn er auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagt, und die Erbschaft nicht zureicht. Wenn also der Betrogene das nachtheilige Geschäft noch nicht erfüllet hat, so kann
der

lassen bereit sey, oder nicht. Denn dazu könne er wider seinen Willen nicht gezwungen werden. In diesem letzten Falle müsse freylich die *actio doli* angestellt werden, und davon sey die L. 20. cit. zu verstehen. *Ant. FABER* Rational. ad L. 20. D. h. t. hingegen meint, der Unterschied liege darin, daß in dem Falle der L. 20. der Schuldner nur mit Zulassung und ohne Widerspruch des Gläubigers, in dem Falle der L. 25. aber mit ausdrücklicher Einwilligung desselben wäre freigesprochen worden. Eben so *Ant. SCHULTING* in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 10. Allein es war wohl nicht gleichviel, daß in der L. 25. der Schuldner die Schuld eingestanden, und nur durch falsches Vorgeben, daß die Zahlung geschehen sey, die Entbindung von der Klage bewirkt hatte; in der L. 20. hingegen derselbe auf eine solche Art war losgesprochen worden, als ob er gar nichts schuldig wäre. *S. Des. HERALDUS* de rerum iudicatarum auctoritatae Lib. I. cap. 9. §. 6. et 7. (*Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1126.) *Henr. a SVERIN* Repetitar. Lection. iur. civ. cap. 13. (*Thes. Otton.* T. IV. pag. 30.) und *ROTHIER* Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XVI. not. p.

10) *L. ult. D. h. t.*

der Regel nach des Betrugs wegen keine Klage angestellt werden, weil dem Betrogenen die *exceptio doli mali* zusteht¹¹⁾. Es müßte ihm denn besonders daran gelegen seyn, lieber selbst zu klagen, als seines Gegners Klage abzuwarten, weil ihm z. B. bis dahin, da der Betrüger aus dem Handel klagt, gar leicht der Beweis verlohren gehen könnte, den er jetzt in Händen hat, um seinen Gegner des Betrugs zu überführen; oder es können auch andere Gründe vorhanden seyn, warum es dem Betrogenen lieber ist, daß das nachtheilige Geschäft gleich jetzt wieder aufgehoben werde, und wo es auf Unbilligkeit hinauslaufen würde, wenn der Betrogene mit seiner Klage warten müßte, bis er verklagt wird. In solchen Fällen kann auch bey noch nicht erfülltem Geschäft eine Klage wegen des Betrugs Statt finden¹²⁾.

Die Klage, welche der Prätor wegen des Betrugs giebt, ist nun zweierley, eine Pönalklage und eine bloße Entschädigungsklage. Jene ist die *actio doli mali*, diese hingegen die *actio in factum*. Die *actio doli mali*¹³⁾ ist eine Personalklage, welche der Betrogene, oder auch

11) §. 1. *I. de Except. L. 1. §. 4. D. h. t.*

12) Man sehe WEHRN Doctr. iuris explicatr. principiorum et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5.

13) Ich muß hier bemerken, daß auch zuweilen die *actio ordinaria*, die des Betrugs wegen aus dem eingegangenen Geschäft, oder aus der unternommenen unerlaubten That selbst angestellt wird, *actio de dolo* genannt wird. So wird z. B. in der *L. 1. Cod. h. t.* die *actio mandati*, und in der *L. 21. pr. D. de Eviction.* die *actio emti*, und in der *L. 7. §. 6. D. h. t.* so wie in der *L. 14. D. de praescript. verbis* die *actio Legis Aquil-*

auch desselben Erbe, vorausgesetzt, daß der Kläger nicht selbst den Beklagten hintergangen habe¹⁴⁾, gegen denjenigen anstellt, der den Betrug begangen hat¹⁵⁾, wenn dieser auch noch unmündig wäre, wenn er nur der Pubertät nahe, und also in einem solchen Alter ist, wo er schon eines Betrugs fähig seyn kann¹⁶⁾. Haben mehrere an dem Betrüge Antheil genommen, so haften sie zwar in solidum, weil hier die Wohlthat der Theilung wegfällt¹⁷⁾. Hat jedoch einer den Schaden ganz ersetzt, so sind die übrigen von

Aquillae, wenn sie propter dolum angestellt wird, actio de dolo genannt, wie schon Cujacius Lib III. Observation. cap. 37. PACIUS *Εναρτιογραφων* Centur. II. Qu. 74. Ant. SCHULTING ad Prota Pandect. h. t. §. 9. Io. SUAREZ *de MENDOZA* Commentar. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. VII. Sect. I. nr. 37. (in *Thes. Meermann.* Tom II. pag. 167.) u. a. m. bemerkt haben. Anderer Meinung sind jedoch GIPHANIUS in Explanat. difficilior Leg. Cod. ad L. 1. de dolo malo pag 89. und DOMPIERRE Specim. de restitutionib. in integr. h. t. §. 15.

14) Denn sonst würde dem Kläger die Compensation entgegen stehen. *L. 36. D. h. t.* KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati §. 11. Man sehe auch diesen Commentar Th. 4. §. 296. S. 120.

15) Daher sagt *L. 15. §. fin. D. h. t.* In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit; quamvis in metu non sit necesse. C. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XIX. not. I.

16) *L. 13. §. 1. D. h. t. L. 14. D. eod.* C. dieses Commentars 2 Th. §. 130. S. 187, und Kleinschrods syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 85.

17) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. 2. Specim. CXII. Medit. 1. hat dies gegen Carpzov und Brunnemann hinlänglich gezeigt.

von allen weitem Ansprüche frey¹⁸⁾. Gegen den dritten Besitzer, welcher an dem begangenen Betrug keinen Antheil genommen, findet jedoch die *actio doli* nicht statt¹⁹⁾.

Es

18) *L. 17. pr. D. h. t.* Daß die Theilnehmung der mehreren, die durch ihren Dolus einen andern in Schaden gesetzt haben, ganz gleich, und die Verletzung untheilbar seyn müsse, wenn sie deshalb in *solidum* haften sollen, wie PUFFENDORF de Culpa P. III. cap. 3. §. 50. et 52 will, ist nicht nöthig. Genug, wenn jedem derselben der begangene dolus dergestalt zugerechnet werden kann, daß in ihm der nothwendige Grund des daraus entstandenen Schadens liegt. S. WEHRN Doctr. iur. explicatr. principior. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. XIV. Not. 95. pag. 54. und KLEINSCHROD cit. Doctrina de reparat. damni §. 9. et 10.

19) Hierdurch unterscheidet sich die *actio doli* von der *actione quod metus causa*. 10. CORASIVS Miscellaneor. iuris civ. Lib. I. Cap. 22. nr. 5. sqq. glaubt zwar, die *actio doli* sey eben sowohl, wie die *actio quod metus*, eine *actio in rem scripta*. Allein aus den Worten des Edicts: *Quae dolo malo factu esse dicentur*, läßt sich dies nicht schließen: zumahl wenn aus andern bestimmteren Stellen das Gegentheil erhellet; nun soll aber nach der *L. 15. §. fin. D. h. t.* in der Klage de dolo allezeit die Person genau angezeigt werden, von welcher man betrogen worden ist, nicht minder soll nach der *L. 16. D. h. t.* die Thathandlung bestimmt angegeben werden, worin der Betrug liegen soll, damit der Beklagte sich hinlänglich dagegen vertheidigen, und vielleicht zeigen könne, daß er derjenige nicht gewesen, welcher den Kläger betrogen haben soll. Die Stellen hingegen, wo gesagt wird, die Klage de dolo finde auch gegen den Statt, der den Betrug nicht begangen, reden von solchen Fällen, wo der Betrüger des Beklagten Geschäfte besorgt hat, und dieser durch den Betrug reicher geworden ist. Nur unter dieser Einschränkung kann der Pu-

pill

Es kann auch der Erbe des Betrügers nur in so weit belangt werden, als er entweder durch den Betrug seines Erblassers reicher worden ²⁰⁾, oder wenigstens durch seinen eigenen Dolus verhindert hat, daß aus des Verstorbenen Betrug nichts auf ihn gekommen ist ²¹⁾. Durch diese Klage kann nun alles Interesse gefordert werden ²²⁾, also nicht nur Ersatz des durch des Beklagten Betrug erlittenen positiven Schadens, das ist, Herausgabe der von dem Beklagten betrüglischerweise an sich gebrachten Sache mit allen Zugungen und Zubehör, oder Erstattung deren Werths; sondern auch Vergütung des dadurch zugleich entzogenen Gewinns ²³⁾, wenn nur die Hoffnung dazu gegründet und unbe-

pill wegen des Betrugs seines Vormundes, der Principal aus dem Betrug seines Anwalts, und die Bürgerschaft aus dem Betrug ihrer Administratoren belangt werden. *L. 15. pr. et §. 1. et 2. D. h. t. S. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 28. BACHOVIVS ad Prota Pand. h. t. cap. 3. nr. 1. pag. 1019.)*

20) *L. 17. §. 1. L. 26. D. h. t.* Hierher gehört auch, wenn der Verstorbene durch Betrug eine Schulderlassung erschlichen hat; denn hiervon befindet sich die Erbschaft immer bereichert. *L. 28. D. h. t.*

21) *L. 27. D. h. t.* Semper enim, qui dolo fecit, quominus haberet, sagt Ulpian *L. 157. §. 1. D. de Reg. iuris, pro eo habendus est, ac si haberet.* Daher die Regel: *Dolus pro possessione est*, welche Paulus *L. 131. D. eod.* giebt.

22) *L. 18. pr. et §. 1. et §. 4. D. h. t. S. WEHRN Doct. iur. explicatr. principior. et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. X. pag. 48. sqq.*

23) *L. 78. D. de Reg. iur.* Generaliter, cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. *L. 13. D. rem ratam haberi*

unbezweifelt war, gesetzt auch, daß der Betrag desselben durch den Eid des Klägers, oder durch richterliches Ermessen erst ausgemittelt werden müßte²⁴⁾. Jedoch darf die Verurtheilung des Beklagten nie so weit erstreckt werden, daß der Kläger dabey etwas lucrirt, was er auch ohne den Betrug nie gehabt haben würde; denn der Zweck der Klage ist immer nur der, daß der Beklagte dem Kläger allen durch seinen Betrug verursachten Schaden ersetze²⁵⁾. Daher kann auch der zu beschwörende Schadensbetrag durch richterliche Schätzung ermäßigt werden²⁶⁾. Die eigentliche Pönalqualität der actionis de dolo malo besteht nun darin:

1) daß der Betrüger für den Schaden haften muß, wenn er gleich durch seinen Betrug nicht reicher worden, sondern ihm durch Zufall aller Gewinn wieder vereitelt worden ist²⁷⁾.

2) Daß der Kläger den Betrag alles dessen, was ihm durch den Betrug des Beklagten entgangen ist, nach seinem persönlichen Interesse eidlich bestimmen kann²⁸⁾; und

3) daß

beri sagt: *In quantum mea interfuit*, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui; und in der *L. ult. D. de Verb. Signif.* heißt es überhaupt: *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, et tota restitutio iuris est interpretatio.*

24) KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 17.

25) *L. 71. D. de furt.* KLEINSCHROD c. I. §. 18.

26) *L. 18. pr. D. h. t.*

27) *L. 18. §. 1. D. h. t.*

28) *L. 18. pr. D. h. t. L. 5. §. 4. D. de in litem iurando.*

WEHRN cit. Doctrina Cap. II. §. 5. nr. XII. pag. 52.

3) daß der Beklagte, wenn er seines Betrugs wegen verurtheilt wird, seinen guten Namen verliert²⁹⁾. Diese Strafe der Ehrlosigkeit findet jedoch nur dann Statt, wenn der Beklagte die vorläufige Sentenz des Richters, (*arbitrium iudicis*) welche ihm die Restitution und Schadloshaltung des Klägers auferlegte, nicht gutwillig befolgte³⁰⁾. Denn auch die *actio doli* ist eine *actio arbitraria*³¹⁾, bey welcher der Beklagte aller weiteren Verurtheilung und also auch der dieselbe begleitenden Ehrlosigkeit entgieng, wenn er dem billigen Ermessen des Richters ein Genüge leistete³²⁾. Es wird ferner vorausgesetzt, daß der Beklagte wegen des begangenen Betrugs in eigenem Namen verurtheilt worden³³⁾. Denn war der Proceß durch einen *Procurator* geführt, und wider diesen die Sentenz gesprochen worden, so fiel, wegen des *dominii litis*, die Wirkung der Ehrlosigkeit bey einer *actione famosa* weg³⁴⁾. Wegen dieser besondern Wirkung der Ehrlosigkeit, welche die Verurtheilung des Beklagten bey der *actione doli* hat, darf aber auch

1) die Läsion nicht unerheblich seyn, sie muß wenigstens die Summe von zwey aureis, oder Ducaten, übersteigen³⁵⁾.

2) Der

29) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

30) *Io. Matth. MAGNUS Rationum et Differentiarum iuris civ. lib. I. cap. 5. (Thes. Meermann. T. III. pag. 283.)*

31) *L. 18. pr. D. h. t. Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.*

32) *§. 31. I. de Actionib.*

33) *L. 4. §. ult. D. de his, qui not. infam.*

34) *L. 6. §. 2. D. eodem.*

35) *L. 9. §. ult. L. 10. et L. 11. pr. D. h. t. Cujacius in Comment. ad h. t. behauptet hier, zu den Zeiten des Paulus hätte*

2) Der Kläger darf keine geringere oder schlechtere Person seyn, als der Beklagte. Keiner aus gemeinem Stand darf daher diese Klage gegen eine vornehme Standsperson, noch Jemand, der seiner Lebensart wegen verächtlich ist, dieselbe gegen eine solche Person anstellen welche einen bessern und unbescholtenen Lebenswandel führt³⁶⁾).

3) Der Beklagte darf auch mit dem Kläger nicht in einem solchen Verhältniß stehen, daß ihm der letztere Ehrerbietung schuldig ist³⁷⁾. Daher können Kinder diese Klage nicht gegen ihre Eltern anstellen. Endlich

4) dauert auch die *actio doli* nur zwey Jahre, wie ich bereits an einem andern Orte (§. 439.) bemerkt habe, und diese fangen gleich von der Zeit zu laufen an, da der Betrug begangen worden, wofern man nicht etwa wegen einer Abwesenheit in öffentlichen Geschäften zu klagen gehindert würde³⁸⁾).

§. 455.

hätten die Römer noch keine aureos gehabt, und lieset daher in der *L. 10. D. h. t. usque ad duo millia sestertiorum*. Allein 1) galt ein *aureus* bey den Römern nur 100 Sesterzien, wie HUBER in *Eunomia Rom.* pag. 31. sq. ganz evident gezeigt hat; und dann waren auch 2) schon zu PLINIUS Zeiten, und lange vorher, die aurei bekannt, wie aus PLINII *Histor. natur. Lib. XXXIII. cap. 3.* erhellet. Man sehe DOMPIERRE h. t. §. 22. und BIENER *Histor. iur. civ. de Restitutionibus in integr. Cap. VII. pag. 39.*

36) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

37) *L. 10. §. 1. cod.*

38) *L. 3. L. 8. Cod. de dolo malo. vort ad Pand. h. t. §. 12.*

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

LI

§. 455.

Wegen des Betrugs findet auch eine *actio in factum* Statt.
Heutiger Gebrauch der *actionis de dolo*.

Ausser jener Pönalklage *de dolo malo* giebt es nun noch eine andere Klage, welche in den Fällen Statt findet, wo man die *actionem doli* nicht anstellen kann. Dies ist die *actio in factum*, welche dreyßig Jahre dauert, und ohne Rücksicht auf den Werth oder Betrag des Gegenstandes, auch ohne Ansehen der Person, nicht nur gegen denjenigen selbst, welcher den Betrug begangen, sondern auch gegen den Dritten, der daran keinen Antheil genommen hat, insofern er nämlich mit dem Betrüger als eine Person angesehen werden kann, wie z. B. der Erbe, oder der Pupill in Ansehung seines Vormundes, oder der Principal in Ansehung seines Bevollmächtigten³⁹⁾, in dem Falle angestellt wird, da der Beklagte durch seinen Betrug noch bereichert ist, oder wenigstens von dem Betruge des Andern Vortheil gezogen hat. Diese Klage geht daher bloß auf Herausgabe des unbilligen Gewinns, und die Verurtheilung ist hier der Ehre des Beklagten ganz unnachtheilich⁴⁰⁾. Denn man setzt hier den Grund seiner Klage nicht

39) Denn auch diese *actio in factum* ist keine *actio in rem scripta*, wie WESTPHAL in Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere in integr. restitutionibus praetoriis communi §. 15. sehr gründlich gezeigt hat.

40) *L. 28. §. 1. D. h. t. Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolum commiserit, in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit IN FACTUM ACTIO. L. 29. D. eod. Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii*

nicht in dem Betrüge des Beklagten, sondern in der bona fide, wie Ulpian⁴¹⁾ sagt, d. i. in der Billigkeit, vermöge welcher der Beklagte verbunden ist, dasjenige, wodurch er zum Schaden des Klägers bereichert ist, herauszugeben.

Uebrigens denken die Rechtsgelehrten über den heutigen Gebrauch dieser prätorischen Rechtsmittel sehr verschieden. Nach einigen⁴²⁾ soll zwischen der actio doli und der

§ 12

actio

lesicii heredem conveniri: denique *famosum non fieri*; ideoque *in perpetuum* teneri oportere. *L. 30. D. eodem.* Neque *causae cognitio* in heredis persona erit necessaria; nämlich diejenige Untersuchung welche bey der actione doli in Ansehung der Summe des Schadens oder wegen des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nöthig ist, wird hier nicht erfordert, weil bey der actione in factum darauf gar nichts ankommt.

41) *L. 11. §. 1. D. h. t. Quibusdam personis non dabitur (sc. de dolo actio) utputa vel liberis vel libertis adversus parentes patronosquae: cum sit famosa. sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellet, debet dari: — Quid ergo est? In horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam ut bonae fidei mentio fiat. L. 12. D. eodem.* Ne ex dolo suo lucrentur. Man sehe hier vorzüglich VORT in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin.

42) *§. Nic. Hier.* GUNDLING Diss. de usu pract. actionum bonae fidei et stricti iuris. (*Halae* 1724.) §. 36. *I. Iac.* STÖER Diss. de actione doli mali. (*Altorf.* 1717.) Cap. 3. *Burch. Christ.* de BEHR Diss. de actione de dolo malo, malitiarum Romanarum everriculo, suppellectile nostro foro minus necessaria. *Goettingae* 1738. *Christ. Guil.* WEHRN Doctr. iur. explicatr. principiorum et causarum damni praestandi Cap. II. §. 5. nr. VII. not. 34. und nr. XI. not. 84. Höpfner im Commentar

actio in factum heutiges Tages gar kein Unterschied mehr seyn. Sie sagen, die actio doli infamire an sich, nach unsern Grundsätzen, nicht mehr. Also könnten auch alle jene Einschränkungen, alle die Differenzen, welche das Römische Recht zwischen der actio doli und der actio in factum macht, von keinem practischen Nutzen seyn. Denn alle gründeten sich darin, daß die actio doli nach dem römischen Rechte infamire. Wenn also heutiges Tages Jemand durch den Betrug eines andern Schaden gelitten, es sey in oder außer einem Contract geschehen, so klage der Hintergangene auf Ersatz des Schadens; ob er aus dem Contract, oder actione doli oder in factum klage, darauf komme gar nichts mehr an. Denn die Klage werde ja in der Klagschrift nicht mehr mit Namen genannt. Ja wenn man auch den Beklagten förmlich und wörtlich eines Betrugs beschuldigte, so würde man doch die Klage nicht mehr nach den Römischen Grundsätzen von der actione doli beurtheilen, folglich auch nicht bloß auf den Fall eines beträchtlichen Schadens, noch auf den kurzen Zeitraum von zwey Jahren einschränken können. Man würde sonst den Betrug unbilliger weise begünstigen. Dieß streite gegen die teutsche Biederkeit, welche nicht erlaube, Vernunft und Billigkeit den römischen Quisquilien und Subtilitäten aufzuopfern, und unter dem Schilde derselben dem Betrug und der Bosheit das Wort zu reden. Die Klage wegen des Betrugs dauere daher h. z. T. immer 30 Jahre.

Allein die actio doli und in factum sind in Ansehung ihres Grundes, ihres Zwecks, ihrer Wirkung und ihrer Dauer

tar über die Institutionen §. 1008. C. 973. u. *Ernst. Christ. WESTPHAL* Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere in integr. restitutionibus praetoriis communi §. 16.

Dauer von einander so verschieden, daß, ohne Verwirrung, wohl schwerlich eine für der andern willkürlich gebraucht werden kann. Daß nun diese Differenzen durch den heutigen Gerichtsgebrauch sollten aufgehoben seyn, ist unersichtlich, wenigstens zeigt *Hommel*⁴³⁾ das gerade Gegentheil. Es ist wahr, wegen der *contractum stricti iuris* wird wohl heutiges Tages die *actio de dolo malo* nicht mehr zur Sprache kommen, und wegen der *bonae fidei* Contracte bedurften selbst die Römer ihrer nicht. Allein schon *Böhmer*⁴⁴⁾ hat bemerkt, daß sich der Gebrauch der *actionis doli* wenigstens in dem Falle nicht bezweifeln lasse, da man ausser einem Contract durch den Betrug eines andern in Schaden gesetzt worden ist. Noch eher ließe sich bezweifeln, ob die Klage heutiges Tages infamire, weil theils diese Wirkung von dem ganz eigenen Verfahren abhieng, welches nach der Römischen Gerichtsordnung bey einer *actione arbitraria*, dergleichen die *actio doli* war, Statt hatte⁴⁵⁾; theils weil die Infamie in Deutschland nicht nach der Strenge des römischen Rechts beurtheilt wird, und daher nach deutschen Rechtsprincipien nicht leicht Statt findet, wo nicht des begangenen Verbrechens wegen zugleich eine peinliche Strafe zu erkennen ist⁴⁶⁾. Dessen ungeachtet streiten doch auch hierin meh-

L 13

rere

43) *Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Observat 613.* Man sehe auch *Schmidts öffentliche Rechtsprüche Nr. LXXXIV. §. 1. S. 628. folg.*

44) *Doct. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 39.*

45) *MAGNUS Lib. I. Rationum et Differentiarum iuris civ. cap. 5. (Thes. Meerm. T. III. pag. 272. sq.)*

46) *Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Rot. i. und Kleinschrods systemat. Entwicklung*

rere Rechtsgelehrten⁴⁷⁾ für den heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Um so weniger läßt sich daher gegen die kurze Dauer dieser Klage auch heutiges Tages mit Grunde etwas einwenden⁴⁸⁾, wenn man zumal erwägt, daß sie ja auch noch in mehrfacher andern Rücksicht eine Pönalqualität hat, wie ich oben (§. 525.) gezeigt habe, obgleich freylich heut zu Tage nicht gerade erfordert wird, daß der Proceß binnen zwey Jahren geendiget werden mußte, weil bey uns alle actiones temporales durch die Litiscontestation perpetuirt werden⁴⁹⁾. Es thut auch gar nichts zur Sache, daß man in der Klagschrift den Namen der Klage nicht mehr ausdrückt. Das Factum muß doch immer so vorgetragen werden, daß der Richter aus dessen Darstellung und dem Gesuch der Klage die Art derselben erkennen kann. Setzt nun der Kläger den Grund seiner Klage darin, er habe durch des Beklagten Betrug den Scha-

lung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Theil.
§. 88.

47) STRYK *Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. de cocceji iur. civ. controuv. h. t. Qu. VIII. in fin.* und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1293. am Ende.

48) BRUNNEMANN *Commentar. ad L. ult. Cod. h. t. STRYK c. I. §. 3. SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. XI. §. 21. WERNHER Select. Observat. for. T. II. Part. X. Obs. 287. und de CANNIESSER Collect. Decision. Hasso Casselan. T. II. Decis. CCXXXVI. nr. 15. pag. 302. und Decis. CCXXXVII. nr. 1. pag. 313.*

49) LAUTERBACH *Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. Schmidts theor. praktischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Th. §. 1294 S. 172.*

Schaden erlitten, dessen Ersatz er nebst allem Interesse von demselben fordert, so sieht ja der Richter, ohne daß die Klage mit Namen genannt ist, daß hier die *actio doli* angestellet worden; so wie im Gegentheil jeden Sachkundigen in die Augen leuchten wird, daß die *actio in factum* angestellet sey, wenn der Kläger, ohne den Beklagten eines Betrugs zu beschuldigen, sich bloß darin gründet, daß derselbe mit seinem Schaden reicher geworden, und daher der Billigkeit nach ihm diesen Gewinn herauszugeben verbunden sey. Folgt denn nun aber daraus, daß bey der einen Klage eben das Rechtens seyn müsse, was von der andern gilt? Endlich läßt sich auch mit Grunde nicht behaupten, daß durch die Anwendung des Römischen Rechts der Betrug begünstiget werde. Denn entweder ist der Betrüger durch den begangenen Betrug wirklich reicher geworden, oder nicht. Im letztern Falle ist es eine Strafe für den Beklagten, daß er dennoch das Interesse vergüten muß, und ein Vortheil für den Kläger, daß er solches durch seinen Eid bestimmen kann. Will er diesen Vortheil genießen, so muß er sich auch die gesetzlichen Bedingungen gefallen lassen, und die Klage zu gehöriger Zeit anstellen. In dem erstern Falle hingegen wird sich der Betrüger, wenn er mit der *actione in factum* belangt wird, nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts nie auf eine Verjährung berufen können, weil hierzu eine *bona fides* erfordert wird⁵⁰⁾. Es wird daher heutiges Tages die *actio in factum* nur in dem Falle nach dreyßig Jahren

50) WEHRN *Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi* Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52. und WESTPHAL *cit. Progr. de duplici actione restitutoria* §. 16.

erlöschen, wenn der Beklagte sich zwar aus dem Betrüge des Klägers reicher befindet, aber doch übrigens an dem Betrüge selbst keinen Antheil genommen hat. Wird gegen den Erben des Betrügers auf Schadensersatz geklagt, so kommt es nicht einmal mehr darauf an, ob aus dem Betrüge des Erblassers etwas auf ihn gekommen ist, weil der Erbe nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welche wie bereits oben (§. 449. S. 502.) bemerkt worden ist, die Praxis annimmt, für den Schaden immer soweit haften muß, als die Erbschaft zureicht⁵¹⁾. Daß übrigens bey der *actione doli* dem Kläger der Beweis des dem Beklagten Schuld gegebenen Betrugs obliege, versteht sich, und zwar wird hierzu ein deutlicher und überzeugender Beweis erfordert, so daß an der betrügerischen Absicht des Beklagten gar nicht gezweifelt werden kann, weil man ohne dieß Niemandes Ehrlichkeit in Zweifel ziehen darf⁵²⁾. Kann man also den Beklagten keines offenbaren Dolus überweisen, so findet die *actio doli* nicht Statt⁵³⁾, man kann sich aber doch

51) VOET ad Pand. h. t. §. 12.

52) *L. 6. Cod. h. t.* Zu diesem Beweis kann sich der Kläger zwar auch der Eidesdelation bedienen. WERNHER *Observat. select. for. T. I. P. I. Observat. 192. in Supplem. nov. nr. 2. pag. 204.* REINHARD *Select. Observat. ad Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 3. und Schmidts öffentliche Rechtsprüche Nr. XCIV. §. 1. S. 628.* Nur darf der Eid nicht in folle zugeschoben werden, sondern der Kläger muß solche factische Umstände anführen, woraus sich ein Dolus schließen läßt. *S. Ge. Lud. BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. Goettingae 1772. §. 12. und de CANNGIESSER Decisiones Hasso-Cassellan. T. II. Decis. CCXXXVII. nr. 5. pag. 315.*

53) *Nam nisi ex magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari,* sagt Ulpian *L. 7. §. 10. D. h. t.*

doch wenigstens der actionis in factum bedienen, wenn sich aus den Umständen eine grobe Nachlässigkeit ergibt, die einem Betrüge nahe kommt. Einen solchen Fall hat Ulpian⁵⁴⁾. Es bot nämlich Jemand seine eigenthümliche Sache zum Verkauf aus, und fand auch einen annehmlichen Käufer dazu. Ein Dritter nahm hierauf die Sache als sein vermeintliches Eigenthum in Anspruch, und vertrieb dadurch den Käufer. Nachher ließ er den Proceß liegen. Da diese Kühnheit des Klägers, welcher vielleicht wohl geglaubt haben kann, daß sein Anspruch gegründet sey, noch nicht gleich einen Dolus vermuthen läßt⁵⁵⁾; so findet hier freylich actio doli nicht Statt. Allein der Eigenthümer kann doch wenigstens den Dritten mit der actione in factum auf Ersatz des durch Absprung des Käufers erlittenen Schadens belangen⁵⁶⁾.

54) *L. 33. D. h. t.*

55) *Nec enim ullus dolus est eius, qui perperam credens rem esse suam, eam vindicat, wie ROTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. nr. III. sagt.*

56) Man sehe hier Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 5. Bd. §. 1294. S. 172.

Lib. IV. Tit. IV.

De Minoribus XXV. annis.

§. 456.

Ursprung der Restitution der Minderjährigen, Wenn findet dieselbe Statt,

Die dritte in dem Edict des Prätor's besonders bestimmte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die Minderjährigkeit. Es hatte sich zwar schon vorher das Latorische Gesetz der Minderjährigen angenommen, wenn sie durch Betrug eines andern waren in Schaden gebracht worden ⁵⁷⁾. Allein der Prätor erweiterte diese Rechtswohlthat, und ertheilte sie allen Minderjährigen, wenn sie auch nicht durch Betrug, sondern bloß durch Uebereilung, oder durch Mangel an Einsicht und Erfahrung verletzt worden sind. Er sagt daher ganz allgemein: *Quod cum minore, quam viginti quinque annis natu, gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam* ⁵⁸⁾. Wenn also ein Minderjähriger in irgend einem Geschäft, was nicht schon an sich nach dem strengen Recht ungültig ist ⁵⁹⁾, einen Schaden leidet, so kann er dagegen die

57) CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 15. und *de Natura Deor.* Lib. III. cap. 30. Man sehe Io. Hier. HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. *Lipsiae* 1749. §. 11. (in *Dan. FELLENERGII Jurisprud. Antiqua* Tom. II. pag. 615.)

58) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* DOMPIERRE *h. t.* §. 4.

59) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Et generaliter probandum est, *ubi contractus non valet*, pro certo Praetorem se non debere interponere.

die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen; wenn auch gleich der Vormund eingewilliget ⁶⁰⁾, oder den Handel allein, ohne den Minderjährigen, geschlossen hätte ⁶¹⁾, oder auch der Handel gerichtlich wäre bestätigt worden ⁶²⁾. Er braucht auch nicht erst seinen Vormund auszuklagen, wenn etwa dieser bei Schließung des Geschäfts eine Unvorsichtigkeit zu Schulden gebracht haben sollte ⁶³⁾. Denn auch

daß

60) *L. 2. C. Si tutor vel curat. interven. L. 4. C. Si advers. rem. iudicat.*

61) *L. 47. pr. D. h. t. L. 3. C. Si tutor vel. curat. interven.*

62) *L. 11. C. de praediis et aliis reb. minor.* LEYSER Medicat. ad Pand. Specim LX. med. 1.

63) *L. 3. Cod. Si tut. vel curat. interven. L. fin. Cod. eodem.* Man sehe *Henr. Zach.* SPANNUTH Diss. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante, praes. *Alb. Phil. FRICK* def. *Helmstadii* 1796. und *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 823. Eine Ausnahme macht zwar die *L. 13. §. ult. Cod. de. iudic.* in dem Falle, wenn der Vormund aus Nachlässigkeit das Triennium hat verstreichen lassen, binnen welchen nach der Verordnung des K. Justinians die Processe beendet werden mußten. Hier soll sich der Minderjährige zuerst an seinen Vormund halten, und erst dann, wenn er von diesem nicht hat entschädiget werden können, soll er mit seinem Restitutionsgesuch gehört werden. Allein da jene römische Praescriptio triennii in Deutschland bey Processen nicht angenommen ist, hiervon auch auf alle andere Versäumnisse gerichtlicher Fatalien kein gültiger Schluß gemacht werden kann; so verstatet die heutige Praxis den Minderjährigen auch wegen versäumter Fatalien die Restitution, wenn sie sich gleich an ihren Vormündern des erlittenen Schadens wegen erholen könnten. *S. L. B. a WERNHER* Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264. und *Strubens* rechtliche Bedenken 1 Th. Bed. 137.

daß Daseyn eines andern Rechtsmittels, wodurch der Minderjährige seine Entschädigung erhalten könnte, steht dem Wiederherstellungsgesuch nicht im Wege, wenn es ihm lieber ist, sich der Rechtswohlthat seines Alters zu bedienen⁶⁴⁾. Die Wahl kann ihm wenigstens nie präjudiciren wenn er nach fehlgeschlagenem ersten Rechtsmittel das andere ergreifen will⁶⁵⁾. Nur dann fällt die Restitution weg wenn das Geschäft des Minderjährigen schon an sich nichtig, und daher derselbe durch die Hülfe des Civilrechts hinlänglich

64) VOR in Comm. ad Pand. h. t. §. 53. und *Ant. SCHULTING* in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 6. Die hierher gehörige *L. 16. §. 2. D. h. t.* ist schon oben (§. 436. S. 422.) erklärt worden. Dieser ist auch die *L. 39. §. 1. D. eod.* nicht entgegen. Denn es wird daselbst dem Minderjährigen die Restitution gegen den dritten bonae fidei emptorem nicht schlechterdings abgeschlagen, sondern nur gesagt, daß er demselben alle Kosten und Meliorationen ersetzen müsse, wenn er das verkaufte Grundstück wieder haben wolle. Unter diesen Umständen that freylich der Minderjährige besser, wenn er gegen seinen Vormund klagte, insofern ihn nämlich dieser, wie freylich hier vorausgesetzt wird, entschädigen kann. *S. SPANNUTH cit. Diss. §. 6.*

65) *L. fin. Cod. Si tutor vel curat. interven.* Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, (wenn ihnen nämlich daran liegt, die veräußerte Sache selbst wieder zu bekommen) quam tutorum vel curatorum damna sequi, (nämlich wenn ihnen bloß um Entschädigung zu thun ist) *nullo eis praeiudicio per electionem generando*, placuit. Sie können also nach ihrem Gefallen sich des einen oder des andern Rechtsmittels bedienen, ohne daß durch die Wahl des einen der Gebrauch des andern unstatthaft wird. *S. SPANNUTH cit. Diss. §. 5.*

lich gebet ist ⁶⁶⁾. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, sagt Ulpian ⁶⁷⁾, non debet ei tribui extraordinarium auxilium ⁶⁸⁾. Auch nur in dieser Rücksicht ist es zu verstehen, wenn eben dieser Rechtsgelehrte will, es solle untersucht werden: num forte *alia actio* possit competere citra in integrum restitutionem. Denn diese *alia actio* ist keine andere, als diejenige, welche schon das Civilrecht dem Minderjährigen wegen der Nichtigkeit des Geschäfts giebt ⁶⁹⁾, z. B. die *rei vindicatio*, wenn ein Grundstück des Minderjährigen ohne Decret der Obrigkeit veräußert worden ist ⁷⁰⁾; oder die *condictio sine causa*, wenn er ohne Einwilligung seines Vormunds ein Darlehn gegeben, u. d. Man erinnere sich hier, was in dem Titel *de pactis* (§. 288.) von der Fähigkeit der

Uns

66) *L. 3. Cod. de in integr. restitut. minor. L. 2. Cod. de praediis et aliis reb. minor.*

67) *L. 16. pr. D. h. t.*

68) Ohne Zweifel nennt Ulpian die Restitution der Minderjährigen nur in der Hinsicht ein *auxilium extraordinarium*, weil hier der Prätor aus besonderer Vorsorge für die Minderjährigen von der sonst gewöhnlichen Gerichtsordnung abwich, und, ohne einen Iudex Pedaneus zu bestellen, selbst *de facto* und *iure* zugleich cognoscirte, und den Ausspruch that. Daher sagt Paulus *L. 24. §. ult. D. h. t. Ex hoc Edicto nulla propria actio proficiscitur: datum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.*

69) S. SPANNUTH cit. Diss. §. 12. pag. 41.

70) Die *L. 47. D. de minor.* hält zwar eine solche Veräußerung nicht für ungültig; allein dieses Recht ist durch die *L. 2. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* und *L. 22. Cod. de administr. tut.* aufgehoben. SPANNUTH cit. Diss. §. 5. pag. 19. not. 2.

Unmündigen und Minderjährigen sich verbindlich zu machen, und von der Rechtsbeständigkeit der von ihnen eingegangenen Geschäfte gesagt worden ist.

§. 457.

Welchen Minderjährigen steht diese Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu? Wie ist die Minderjährigkeit, besonders im Schaltjahr, zu berechnen?

Minderjährige (*minores*) werden nun hier überhaupt diejenigen genannt, welche das fünf und zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht vollendet haben⁷¹⁾. Zuweilen beschränken zwar die Gesetze den Termin der Minderjährigkeit auf ein noch kürzeres Ziel, und nennen z. B. denjenigen *Minoren*, der noch nicht das zwanzigste Jahr seines Alters zurückgelegt hat; wie z. E. die *Lex Aelia Sentia* in Absicht auf die Fähigkeit, Sklaven zu manumittiren⁷²⁾. Allein diese Bestimmung kommt hier nicht in Betrachtung, da wir die Minderjährigkeit bloß in Rücksicht der Restitutionswohlthat zu bestimmen haben. In dieser Hinsicht unterscheiden wir auch hier nicht zwischen Mündigen und Unmündigen, wenn gleich sonst in einer mehr eingeschränkten Bedeutung diejenigen *Minores* genennet werden, die zwar die Pubertät aber noch nicht die Volljährigkeit erreicht haben⁷³⁾. Die Zeit der Min-

71) DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum. h. t. §. 1.

72) L. 5. L. 16. Cod. de lib. causa. §. 4. I. Quib. ex caus. manumittere non licet.

73) BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Minor*. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 3.

Minderjährigkeit wird übrigens, in Rücksicht der Restitution ⁷⁴⁾, natürlich computirt. Man zählt sie nämlich von den Anfange des ersten Moments, da Jemand geboren worden ist, und sie wird nicht eher für geendigt gehalten, als bis der letzte Tag des fünf und zwanzigsten Jahrs bis auf die letzte Minute völlig abgelaufen ist. Nach dieser Computation lehrt Ulpian ⁷⁵⁾ ganz richtig, daß ein Minderjähriger noch nicht gleich für majorenn zu halten sey, wenn er seinen 26sten Geburtstag bloß erlebt hat, so lange nämlich die Stunde und Minute, in welcher er geboren worden, noch nicht erschienen ist. Gesezt also er habe nur noch eine Viertelstunde vorher einen ihm nachtheiligen Contract geschlossen, so hat er sich der Restitution, wegen seiner damals noch dauernden Minderjährig-

74) Denn hier gereicht es dem Minderjährigen zum Vortheil, daß die Zeit *a momento ad momentum* computirt wird. Wenn es hingegen in einem gewissen Falle dem Minderjährigen vortheilhafter ist, daß die Civilzeitcomputation Statt habe, und entweder das ganze letzte Jahr der Minderjährigkeit, oder auch der letzte Tag desselben sogleich mit seinem Anfange auch schon für vollendet geachtet werde; so gilt eine solche Zeitcomputation auch bey der Minderjährigkeit. *L. 8. D. de muner. et honor. L. 1. D. de manumiss. L. 134. D. de Verb. Significat.* und DOMPIERRE h. t. §. 6. VOET ad Pand. h. t. §. 1.

75) *L. 3. §. 3. D. h. t. Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est: ut, si captus sit, restituatur; et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur.* Statt *diem* ist hier mit Cujaz die zu lesen, wie auch *Io. Contr.* RÜCKER in Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure Cap. IV. §. 2. annimmt.

rigkeit, ohne Zweifel zu erfreuen. Endiget sich die Minderjährigkeit in einem Schaltjahre, so wird der Minderjährige, welcher am 24sten Februar in einem gemeinen Jahre geboren worden, erst am 25sten Februar, oder, wie Celsus ⁷⁶⁾ sagt, die *bissexti priore, maiorenn* ⁷⁷⁾. Denn der *Sextus Calendarum Martii* in einem gemeinen Jahre, oder nach unserm Kalender der 24. Februar, bestand in einem Schaltjahre bey den Römern aus zwey natürlichen Tagen, von welchen, nach römischer Art zu rechnen, nach welcher die *Calendae* rückwärts gezählt wurden der *dies posterior*, oder nach unserm Kalender der 24ste Februar, der eigentliche Schalttag (*dies intercalaris. additirius*), der *dies prior* aber, oder nach unserm Kalender der 25ste Februar, der Haupttag (*dies principalis*) war ⁷⁸⁾. Diese beyden natürlichen Tage werden nun juristisch nur für einen Tag gezählt, und der VI. *Calendarum Martii* wird daher *Bissextum* oder *dies bissextus* ge-

76) *L. 98. D. de Verb. Significat. Cum bissextum Calendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps Sextum Calendas eius natalis dies est: nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo, quo anno intercalatum non est; sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet.*

77) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. hat daher ganz Recht, wenn er sagt: *Si in diem bissextum maiorennitas incidat, minor non nisi lapso utroque die major fit; quasi aucto minorennitatis tempore per diem intercalarem.*

78) S. des Hrn. Kanzler ROCHS Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. (Gießen 1796. 8.) §. 9.

genennt ⁷⁹⁾. Celsus sagt also am angeführten Orte nach seiner römischen Kalenderrechnung ganz recht, daß ein Mensch, welcher VI. Calendas Martii oder am 24. Februar in einem gemeinen Jahre geboren worden, in einem Schaltjahre nicht diem bissexti *posteriolem*, oder den 24. Februar, welcher nämlich nach dem Römischen Kalender der eigentliche Schalttag ist, sondern diem bissexti *priorem* oder den 25. Februar, zum Geburtstage habe, und also nicht eher, als bis derselbe völlig, das ist, bis auf die letzte Minute der Geburtstunde, abgelaufen ist, für großjährig zu halten sey. Ob nun gleich in unsern Kalendern der Schalttag bekanntermassen als ein besonderer Tag gezählet wird, und daher der Februar in einem Schaltjahr 29 Tage hat; so ist doch der rechtliche Grundsatz, den auch das kanonische Recht ⁸⁰⁾ annimmt, in der Praxis beybehalten, daß nämlich der Schalttag, welcher nach unserm Kalender wohl ohne Zweifel der 29. Februar ist ⁸¹⁾, nicht besonders zu rechnen son-

79) C. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. c. C. 523.

80) *Cap. 14. X. de Verb. Significat.*

81) Hr. Kanzler Koch in den angeführten Belehrungen C. 57. ff. ist zwar geneigt zu glauben, daß noch heutiges Tages in einem Schaltjahre das bissextum, welches juristisch für einen Tag geachtet wird, auf den 24. und 25. Februar falle, und der 24. Febr. noch heut zu Tage für den eigentlichen Schalttag geachtet werden müsse. Allein Hr. Geh. Rath SCHNEIDT hat in seinem Programm. iurid. mathem. chronologico, quo suam sententiam, diem bissextilem in anno bissextili diei XXIX. Februarii seu pridie Calend. Martii affixam esse, defendit contra argumenta Clariss. KOCHII (*Wirceburgi* 1796. 8.) die Gründe des Herrn Kanzlers geprüft, und hinlänglich wider-

sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinne nur für einen Tag zu halten sey, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Zahl von Tagen ankommt. Er wird daher einem Minderjährigen, welcher am 28. Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, in Ansehung der Restitution auch noch heutiges Tages dergestalt zu gute gerechnet, daß derselbe erst am 29. Februar für großjährig zu halten ist⁸²⁾. Dahingegen wird derjenige, welcher in einem Schaltjahre am 29sten Februar gebohren ist, wenn sein fünf und zwanzigstes Lebensjahr in ein gemeines Jahr fällt, nicht am 1sten März, sondern am 28sten Februar majorenn. Denn der 29. Februar in einem Schaltjahre ist und wird der 28. Februar in einem gemeinen Jahre, weil der Schalttag juristisch nicht besonders gerechnet, sondern mit dem vorhergehenden nur für einen Tag gehalten wird⁸³⁾.

Wer

berlegt. Die Paar Worte, die Hr. Kanzler Koch über dieses Program in der Bestätigung seiner Belehrungen (Gießen 1798. 8.) S. 32. f. hat abdrucken lassen, tragen zur Entscheidung nichts bey. Denn sie betreffen nicht die Hauptfrage, nämlich ob der 29. Februar der Schalttag bey den Teutschen sey? sondern gehen nur darauf, daß bey den Römern der 24. Febr. der eigentliche Schalttag gewesen sey; und sind übrigens von dem Hrn. Geh. R. Schneidt in seinem letzten Worte oder Schlußsatz (Würzburg 1798. 8.) sehr gut erwiedert worden.

82) vort in Comment. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. sagt:

Cui consequens est, ut si nunc natus quis sit hora sexta diei 28. Februarii, et annus eius vigesimus quintus incidat in annum mensemque bissextilem, pro maiorennem ad exclusionem restitutionis habendus non sit, nisi hora sexta diei 29. Februarii, qui intercalatus unum cum vigesimo octavo diem facit.

83) Arg. L. 3. §. 3. D. h. t. wo es heißt: Proinde etsi bissextus natus est, sive priore, sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil

Wer also am 29. Februar in einem Schaltjahre geboren ist, dessen Geburtstag fällt in einem gemeinen Jahre auf den 28. Febr. weil man sonst die Ungereimtheit annehmen müßte, daß ein solcher Mensch in einem gemeinen Jahre keinen Geburtstag habe ⁸⁴⁾).

Ob übrigens der Minderjährige zu der Zeit, als das ihm nachtheilige Geschäft vorgieng, schon geboren gewesen oder nicht, ist gleichviel, weil auch das noch ungebohrne Kind in solchen Fällen, wo es auf dessen Vortheil ankommt, für schon geboren gehalten wird ⁸⁵⁾). Es kommt auch darauf nicht an, ob der Minderjährige schon *sui iuris*, oder noch unter der väterlichen Gewalt ist; denn auch einem minderjährigen *filiofamilias* kommt die Restitutionswohlthat in solchen Fällen zu, wo er mit Wirkung aus einem geschlossenen Geschäft belangt werden kann, ohne sich mit einer Exception des Civilrechts, wie z. B. mit der *exceptione Senatusconsulti Macedoniani*, im Falle eines contrahirten Darlehns, schützen zu können ⁸⁶⁾).

Eben so wenig hat Stand und Religion des Minderjährigen auf die demselben zustehende Restitutionswohlthat

M m 2

eini:

nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur. Celsus, auf den sich Ulpian beruft, setzt in der oben angeführten Stelle *L. 98. de V. S.* noch hinzu: *et deinceps Sextum Calendas eius natalis dies est.*

84) G. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 7. und Rochs Belehrungen S. 54.

85) *L. 45. pr. D. h. t.* Etiam ei, qui *priusquam nasceretur*, usucaptum amisit, restituendam actionem, LABEO scribit.

86) *L. 3. §. 4. D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 78 — 80.

einigen Einfluß⁸⁷⁾. Sie kommt ihm daher zu, er mag Christ oder Jude seyn⁸⁸⁾; denn insofern Juden den Schutz des Staats genießen, sind sie auch der gemeinen Rechte theilhaftig, welche allen andern Unterthanen, ohne Rücksicht auf einen besondern Stand in der bürgerlichen Gesellschaft zustehen⁸⁹⁾.

§. 458.

Welchen Minderjährigen kommt die Wohlthat der Restitution nicht zu?

Der Grund, aus welchem der Prätor der Minderjährigen gegen die ihnen nachtheiligen Rechtsgeschäfte die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand giebt, ist unstreitig der, weil solche junge Leute aus Mangel an gesetzter Ueberlegung, und gehöriger Kenntniß und Erfahrung, leicht in Schaden gerathen können⁹⁰⁾. Wo also dieser gesetzliche Grund wegfällt, da kann auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden. Die Restitutionswohlthat kommt daher

1) einem solchen Minderjährigen nicht zu, welcher als Meister einer gewissen Kunst oder eines gewis-

87) *de cocceji iur. civ. controvers. h. t. Qu. 5.*

88) *Frid. Es. a PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 195. und de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 950.*

89) Runder's Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 641. folg.

90) *L. 1. pr. D. h. t.* Hier sagt Ulpian: Hoc Edictum Praetor, naturalem aequitatem sequutus, proposuit: quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium, et multis captionibus subpositum, multorumquae insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc Edicto pollicitus est, te adversus captiones opitulationem.

wissen Gewerbes gehandelt hat. Ein ausdrückliches Gesetz, wodurch dieser Satz bestimmt wäre, kann zwar nicht angeführt werden⁹¹⁾. Daher die Rechtsgelehrten, die ihn übrigens für richtig halten, inögemein zu einem Gewohnheitsrechte ihre Zuflucht nehmen⁹²⁾. Allein wie mißlich es um diese Quelle aussieht, ergibt sich schon daraus weil die angeführten Rechtsgelehrten sich selbst nicht getrauen, daß Daseyn einer solchen Gewohnheit im Allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderjährigen Kaufleute zu behaupten⁹³⁾. Sie schliessen also, wie aus Leyerer erhellet, erst von diesen *ex indentitate rationis* auf andere Minderjährige, die eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben. Man hat jedoch in der That nicht nöthig, zur Bestärkung einer Wahrheit, welche uns schon die Analogie des Rechts und eine vernünftige Auslegung der Gesetze lehrt, als mißliches Gewohnheitsrecht herbeizurufen. Darf der Minderjährige eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben, so würde sich ja die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zustehen wollte. Es fällt also bey einem solchen Minderjährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat, der Grund des

M m 3

Ges

91) Die *L. 6. Cod. de muner. patrimon. L. 1. C. de his, qui ven. uetat. impet.* und *L. 3. C. Si minor se maiorem.* warauf sich einige berufen, enthalten davon nichts.

92) STRACHA de mercatura P. III. nr. 26. MEVIUS ad ius Lubecense P. III. Tit. 6. Art. 21. nr. 26. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LX. med. 6. 7. et 8.

93) Man sehe auch MARQUARD de iure mercaturae Lib. I. cap. 9. nr. 14. sqq.

Gesetzes weg, zwar nicht darum, weil gerade dieser *minor* von der seinem Alter sonst eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht; denn es kann bey aller Geschicklichkeit in seiner Kunst dennoch der jugendliche Leichtsinn einen schädlichen Einfluß auf das unternommene Geschäft desselben gehabt haben, sondern weil sich hier das Geschäft des Minderjährigen, wie Herr Prof. Weber ⁹⁴⁾ sehr gründlich gezeigt hat, auf ein bürgerliches Verhältniß bezieht, woben eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von den Geschäften solcher Personen sich gründen. Dies ist der Grund, warum das Edict des Prätoris von der Restitution der Minderjährigen, die aus Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß in Schaden gekommen sind, auf diejenigen Minderjährigen keine Anwendung finden kann, welche der Staat selbst für tüchtig erklärt hat, eine gewisse Kunst, oder Handthierung öffentlich zu treiben. Hieraus folgt nun, a) daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern auch von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse, z. B. wenn ein Minderjähriger die iuristische Doctorwürde erhalten hat; oder als Advocat und Procurator bey einem Gerichte angenommen worden ist ⁹⁵⁾. b) Daß es nur von solchen Minderjährigen zu verstehen sey, welche öffentlich dazu authorisirt worden sind, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen ⁹⁶⁾. c) Daß sie jedoch nur in dem Falle auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Anspruch machen können, da sie in solchen Geschäften

94) In der systematischen Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not. 7. S. 239. ff.

95) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 822. nr. III.

96) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 50. et 51.

ten sich Schaden gethan haben, welche in ihre Kunst oder Gewerbe, das sie treiben, einschlagen; z. B. wenn der minderjährige Doctor iuris durch Unwissenheit der Rechte, oder der minderjährige Kaufmann in Handlungsgeschäften einen Nachtheil erlitten hätte. Denn in allen andern Geschäften welche hierauf keine Beziehung haben, bleiben ihnen die Rechte ihres Alters unbenommen⁹⁷⁾. Die Restitution fällt ferner

2) bey einem solchen Minderjährigen weg, welcher *veniam aetatis* erhalten hat, d. i., welcher sich von Landesherren mittelst eines Privilegiums hat für majorenn erklären lassen. Ich habe von dieser *venia aetatis* schon an einem andern Orte⁹⁸⁾ ausführlicher gehandelt, und bemerke hier nur, daß ein solcher Minderjähriger, der dieselbe erhalten hat, zwar von dem Tage an, da das ausgewirkte Majorennitäts-Rescript gerichtlich intimirt worden ist, alle diejenigen Geschäfte ohne Curator gültig unternehmen könne, wozu vorher die Einwilligung desselben erforderlich war, ohne sich gegen solche Handlungen der Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen zu können⁹⁹⁾; in Absicht auf die Veräußerung unbeweglicher Güter hin-

M m 4

gegen

97) VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. DOMPIERRE h. t. §. 9. et 10.

98) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 130. S. 198. ff.

99) L. 1. C. de his, qui ven. aetat. impetrar. wo der Grund beygefügt wird: ne hi, qui cum eis contrahunt, Principali auctoritate circumscripti esse videantur. Es würde auch hier widersprechend seyn, die Restitution, welche Mangel an Einsicht und Erfahrung voraussetzt, einem solchen zu gestatten, und zur eigenen Verwaltung seines Vermögens für tüchtig erklärt hat. DOMPIERRE h. t. §. 93.

gegen nach wie vor die Qualität und Rechte der Minderjährigkeit in so weit behalte, daß selbige ohne besondere obrigkeitliche Erlaubniß nicht gültig vorgenommen werden kann¹⁰⁰⁾.

3) Wenn der Minderjährige das Geschäft nach erlangter Großjährigkeit genehmiget hat¹⁾, welches nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn derselbe nach erreichter Volljährigkeit eine Handlung unternimmt, die er, ohne das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft als rechtsbeständig anzuerkennen, nicht unternehmen konnte; z. B. er bezahlt das noch rückständige Kaufgeld, oder er tradirt die verkaufte Sache, oder er nimmt das Kaufgeld an²⁾. Gegen solche Handlungen kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gefordert werden. Es muß nur nicht bey der unternommenen Handlung auch noch eine andere Absicht, als gerade die, das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft zu genehmigen, gedacht werden können. Z. B. der Minderjährige hat unbedingt eine Erbschaft angetreten. Nachdem er die Großjährigkeit erreicht hatte, erhebt er einige Erbschaftsschulden. Bald darauf sucht er wider die während seiner Minderjährigkeit geschehene Erbschaftsantrittung die Restitution. Hier darf er nach Ulpian³⁾

Ent-

100) Kaiser Constantin hatte zwar dieses nur in Ansehung minderjähriger Frauenspersonen verordnet, welche *veniam aetatis* erhalten hatten, wie aus *L. 2. §. 1. fin. C. de his, qui ven. aet. impetr.* erhellet, allein Justinian erstreckte es auch auf Mannspersonen. *L. 3. C. h. t.*

1) *L. 1. et 2. C. Si major. fact. rat. hab.*

2) HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 827. not. g.

3) *L. 3. §. 2. D. h. t.*

Entscheidung mit seinem Gesuch nicht abgewiesen werden; denn er kann ja die Erbschaftsschulden bloß darum eincassirt haben, weil sie mißlich standen, und durch Verzug hätten verlohren gehen können, ohne daß er darum die Erbschaftsantretung gut heißen wollte⁴⁾).

4) Wenn das nachtheilige Geschäft nicht von dem Minderjährigen selbst, sondern von desselben volljährigen Erblasser geschlossen worden ist. Hiergegen kann dem Minderjährigen, bloß als Erben, keine Restitution zugestanden werden⁵⁾. So wie nicht minder

5) demjenigen Minderjährigen die Restitution billig zu versagen ist, der sich durch Betrug oder Bosheit dieser Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat. Dahin gehört,

a) wenn sich der Minderjährige betrüglischer Weise für großjährig ausgegeben hat. Es wird jedoch ausdrücklich vorausgesetzt, daß derjenige, mit welchem der Minderjährige das Geschäft geschlossen hat, in bona fide sey, und denselben aus einem verzeihlichen Irrthum für volljährig gehalten habe⁶⁾. Denn hätte dieser den Minderjährigen selbst zu dem Betruge verleitet; so würde eine Compensation, und zwar zum Vortheil des Minderjährigen, Statt finden⁷⁾. Eben so wenig würde aber auch alsdann die Restitution dem

M m 5

Min

4) DOMPIERRE h. t. §. 90.

5) L. 38. D. h. t. L. 2. Cod. Si advers. vendit. pign.

6) L. 32. D. h. t. L. 2. C. Si minor se majorem dixerit. VOET h. t. §. 43.

7) L. 3. Cod. Si minor se major. dix. FRANTZKIUS Comment. h. t. nr. 20. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. WERNHER select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 119. anderer Meinung ist de cocceji iur. civ. contrav. h. t. Qu. 20.

Minderjährigen abgesprochen werden können, wenn er bloß aus Irrthum sich für majorenn gehalten, oder auf eine solche Art verlegt worden wäre, daß er auch, als großjährig, restituirt werden müßte.

b) Wenn der Minderjährige sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat. *Placet*, sagt Ulpian⁸⁾, *in delictis minoribus subveniri*. Er muß nur aber freylich in dem Alter seyn, daß er eines imputabeln Verbrechens fähig ist⁹⁾; er muß also entweder mündig, oder wenigstens der Mündigkeit nahe seyn¹⁰⁾. Ist dieses, so kann er sowohl dolos, als culpos handeln, und wird sich vergeblich auf die Wohlthat seines Alters berufen, wenn er wegen des durch das Verbrechen verursachten Schadens zum Ersatz belangt wird, gesetzt auch, daß er aus seiner unerlaubten That keinen Vortheil gezogen hätte¹¹⁾. Nur in Ansehung der verurtheilten Strafe gestatten die Gesetze der Minderjährigen eine Milderung, wenn nämlich

a) von

8) *L. 9. §. 2. D. h. t.* Eben so *L. 4. §. 26. D. de doli mali et met. except.* und *L. 36. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

9) *L. 7. C. de poenis. §. 18. I. de obligat. ex delicto. L. 13. §. 1. D. de dolo. L. 111. pr. D. de Reg. iur.* Man sehe Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 298.

10) S. Grollmanns Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft 1. Th. 1. Stück Nr. II. S. 35. ff. und meinen Commentar 2. Th. §. 130.

11) *L. cit. 9. §. 2. D. h. t.* wo Ulpian die Frage aufwirft: *An minori delinquenti subveniatur, si ex delicto nihil ad eum pervenit?* Er entscheidet den Fall so: *nec hic subveniatur.*

α) von geringen Vergehungen die Frage ist, und aus den Umständen der That kein besonderer Vorsatz, sondern mehr eine Culpa hervorleuchtet ¹²⁾).

β) Wenn der Minderjährige bloß aus Unwissenheit des positiven Rechts gefehlt hat ¹³⁾; und

γ) wenn sonst ein in dem jugendlichen Alter sich gründender besonderer Umstand hinzukommt, der einen geringern Dolus vermuthen läßt; in welchem Falle den Minderjährigen auch sogar bey schweren peinlichen Verbrechen eine Milderung zu statten kommt ¹⁴⁾. Tryphoninus ¹⁵⁾ sagt: In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum *miseratio aetatis* ad mediocrem poenam iudicem produxerit. Diese *miseratio aetatis* soll hier einen solchen Milderungsgrund ausdrücken, welcher aus der gewöhnlichen Beschaffenheit des jugendlichen Alters, nämlich dem Leichtsinne, und der Unwissenheit, oder den heftigen Trieben und Leidenschaften, seine Unterstützung erhält. Zuletzt ist noch

6) zu bemerken, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann keine Statt findet, wenn sich der Minderjährige zur Festhaltung eines geschlossenen Handels mit:

12) L. 1. C. Si advers. delictum.

13) L. 38. §. 7. D. ad L. Iul. de adult. L. 4. C. de incest. et inutil. nupt.

14) C. Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 83. u. §. 88.

15) L. 37. §. 1. D. h. t.

mittelft Eides verbindlich gemacht hat ¹⁶⁾). Denn das Gesuch der Restitution würde hier Eidesbrüchigkeit verrathen, und der Minderjährige schon deswegen der Wohlthat seines Alters unwürdig seyn ¹⁷⁾). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Minderjährige die Jahre der Pubertät bereits erreicht haben müsse ¹⁸⁾). Der Eid eines Unmündigen hat an sich nicht mehr Kraft, als das Geschäft selbst, zu welchem er hinzugekommen ist. Denn bey Unmündigen mangelt es an einer der nothwendigsten Eigenschaften eines verbindlichen Eides, nämlich an Einsicht, und hinlänglicher Erkenntniß ¹⁹⁾). Eben dieß gilt auch von *pubertati proximi*

16) S. Quistorp von eidlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen, in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (Rostock und Leipzig 1787. 8.) Nr. XXIV. pag. 370. ff.

17) Kr. Alexander sagt in der *L. 1. C. Si advers. vendit. Si minor annis viginti quinque emptori praedii cavisti, nullam de caetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum sperare depuisti.*

18) *Auth. Sacramenta puberum. Cod. Si adversus venditionem.* Nach dem kanonischen Rechte wird ein Alter von 14 Jahren für hinreichend gehalten. *c. 15. Caus. XXII. qu. 5.* und in dem *cap. 3. de iudiciis in 6to.* wird die allgemeine Regel gegeben, daß in *causis spiritualibus* die Großjährigkeit nach zurückgelegtem 14 Jahre eintrete. S. Christ. HANEWINCKEL. *Diss. de iurisiurandi in contractibus puberum confirmandis efficacia. Goett. 1765. Cap. II. §. 7.*

19) *L. 26. D. de iureiur. Pupillus non videtur peierare, quia sciens fallere non videtur.*

proximis²⁰⁾. Denn wenn gleich solche Unmündige eines bösen Vorsatzes fähig gehalten werden, und delinquiren können; so hat doch dieß auf die Verbindlichkeit des Eides bey den Verträgen und erlaubten Geschäften solcher Personen keinen Einfluß, wie Voet²¹⁾ hinlänglich gezeigt hat. Nach dem Römischen Rechte wird ferner, wenn dem Minderjährigen wegen der Eidlichen Bestärkung seines gethanen Versprechens keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen soll, vorausgesetzt, daß das Geschäft, zu welchem der Eid hinzugekommen, an sich gültig sey. So verstehen wenigstens die meisten Ausleger die angeführte Verordnung des Kr. Alexander²²⁾; weil es nach dem Röm. Recht ausser Zweifel ist, daß der Versprechungs Eid solchen Geschäften, welche die bürgerlichen Geseze für ungültig erklären, keine Rechtsbeständigkeit verschaffen könne²³⁾. Allein da nach dem kanonischen Rechte ein jedes eidlich bestätigtes Versprechen, mit dessen Erfüllung nicht der Verlust der ewigen Seeligkeit unzertrennlich verbunden ist, genau und pünktlich erfüllet werden muß²⁴⁾, insofern nämlich der Eid mit

20) *Ge. Henr. AYRER* Progr. de impuberibus etiam pubertati proximis ad nullum iusiurandum admittendis. adj. Diss. cit. *Hanewinckel*.

21) *Comment. ad Pand. h. t. §. 46.* Anderer Meinung ist jedoch *PERETZ* *Praelect. ad Tit. Cod. Si adv. vendit. nr. 5.*

22) *VOET* *Commentar. ad Pand. h. t. §. 47.* *Ed. CALDERA de Erroribus Pragmaticor. Lib. II. cap. 4. nr. 3.* (in *Thes. Meermann.* T. III. pag. 567.) *VINIUS* *Select. iur. Quaestion. Lib. I. cap. 15.* *MALBLANC* *Doctr. de iureiurando §. 82. not. 440.*

23) *L. 7. §. 16. D. de pactis.* C. den 4. Th. dieses Commentars §. 341. C. 549. f.

24) *Cap. 2. et 28. X. de iureiur. Cap. 2. de pactis in 6to.*

mit genugsamer Ueberlegung abgeleistet worden, einem Dritten unnachtheilig ist, und sich so wenig auf Furcht und Zwang, als auf Betrug des andern Theils gründet ²⁵⁾; so hat R. Friedrich I. in Gemäßheit dieser Grundsätze verordnet, daß ein Minderjähriger, der sich zur Festhaltung eines Geschäfts mittelst Eides freywillig verbindlich gemacht hat, mit seinen Einwendungen dagegen nicht gehört werden soll, es mag das Geschäft, worauf sich das eidliche Versprechen beziehet, nach dem bürgerlichen Recht gültig und verbindlich seyn, oder nicht ²⁶⁾. Vermöge dieser Verordnung hat es daher keinen Zweifel, daß ein solcher Contract, welcher von dem Minderjährigen mittelst Eides bestärkt worden ist, eben so wenig aus dem Grunde angefochten werden dürfe, daß das Geschäft wegen Mangels an vormundschaftlicher Einwilligung oder obrigkeitlicher Bestätigung an sich nichtig sey, als daß wegen einer etwa erweislichen Läsion eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen gesucht werden könnte; wenn nur übrigens dem Gegentheil kein Betrug zur Last fällt, der Minderjährige auch weder durch Furcht oder Zwang, noch durch andere widerrechtliche Mittel zur Leistung seines Versprechens gebracht worden, sondern alles von demselben aus freyen Willen geschehen ist ²⁷⁾.

Es

25) *Cap. 8. 17. et 25. X. de iureiur.*

26) *Auth. Sacramenta Puberum Cod. Si advers. vendit.* wo es heißt: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a majoribus nullius esse momenti iubemus.*

27) Daß hiermit auch der teutsche Gerichtsgebrauch übereinstimme, bezeugen L. B. a WERNHER *Select. Observat. for.* Tom. I. P. I. Obs. 217. und Tom. III. P. I. Obs. 26. a PUF-

FEN-

Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten auch die Verordnung des Kaisers Friedrich bloß von solchen Geschäften verstehen, die von dem Minderjährigen mit Zuziehung seines Curators, und, wo es die Geseze erfordern, auch mittelst Dekrets der Obrigkeit geschlossen worden, und also an sich nach den bürgerlichen Gesezen gültig sind; sie glauben, daß wegen der hinzugekommenen eidlichen Bestätigung nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die sonst nach bewiesener Läsion Statt gefunden haben würde, nun nicht weiter zur Anwendung kommen könne, und diese Meinung suchen sie mit den Worten: *super contractibus rerum suarum non retractandis* zu rechtfertigen²⁸⁾. Allein diese Meinung widerlegt sich von selbst wenn man erwägt, daß Kr. Friedrich durch die mehrgedachte Avthenticam einen gelehrten Streit zwischen den beyden berühmten Glossatoren, dem Vulgarus und Martinus, entschieden habe, welcher gerade die Frage betraf, ob ein an sich ungültiges Geschäft des Minderjährigen, z. B. wenn die Veräußerung eines demselben gehörigen Grundstücks ohne Dekret der Obrigkeit geschehen, durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich

FENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 148. I. H. BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. II. T. 24. §. 28. sq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 34. MALBLANC Doctr. de Iureiurando §. 118. Not. 171. und Hymmen's Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 70. f.

28) VOET ad Pand. h. t. §. 47. Ant. FABER de Errorib. Pragm. Dec. XXXIX. Err. 2. sq. et Dec. XLI. Err. 4. sqq. HUNNIUS Resolut. ad Treutler. Vol. I. Disp. 11. th. 9. Qu. 98. DONELUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13.

lich gültig werde ²⁹⁾? und daß ferner der Ausdruck *retractare contractum* nichts anders bedeute, als von einem geschlossenen Contract wieder abgehen, ohne Unterschied, er sey nach dem Civilrecht gültig oder ungültig ³⁰⁾. Ob übrigens das eidliche Versprechen des Minderjährigen, wenn es die gedachte Rechtsbeständigkeit haben soll, mittelst eines körperlichen Eides geschehen müsse, oder ob es nicht eben so kräftig sey, wenn der Eid auch nur schriftlich geleistet, und die denselben enthaltende Urkunde von dem Minderjährigen unterschrieben worden, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. In der Authentica des Krß Friedrich I. wird nichts davon erwähnt. Nun redet zwar die angeführte Verordnung des Krß Alexander von einem *iureiurando corporaliter praestita*; allein es scheinen diese Worte eines Theils interpolirt zu seyn ³¹⁾, in den Basiliken kommt wenigstens der Beysatz *corporaliter* nicht vor; andern Theils aber wird in der gedachten Verordnung auch nur enunciativa, nicht aber dispositive von einem körperlichen Eide geredet ³²⁾. Es wird daher nach der gemeinen Lehre der bewährtesten Rechtsgelehrten zur Bestärkung eines eidlichen Versprechens, in sofern nicht besondere Landesgesetze einen körperlichen Eid erfordern, ein schriftlicher Eid für eben so kräftig und verbindlich gehalten

29) PANCIOILLUS de claris Leg. Interpretibus Lib. II. cap. 14. p. 126. Man vergleiche auch hier die Stelle, die ich in dem Titel de pactis §. 341. Not. 57. S. 554. aus den Glossen des Ddofredus angeführt habe.

30) WERNHER T. I. P. I. Obs. 217. nr. 6. sqq. und BACHOVIVS ad Treutlerum T. I. Disp. XI. Th. 8. lit. C.

31) MALBLANC de iureiurando §. 82. Not. 440. pag. 333.

32) S. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Consil. XXXVIII. nr. 21. pag. 444.

ten³³⁾. Indessen stehen dieser Meinung doch wichtige Zweifel entgegen, wenn man bedenkt, daß auch in andern Fällen die Geseze bey Minderjährigen in Absicht auf die Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs einen Unterschied machen, ob die von einer solchen Person geschehene Betheurung mittelst eines leiblichen oder mittelst eines schriftlich geleisteten Eides geschehen ist³⁴⁾; und es läßt sich auch nicht läugnen, daß dieser Unterschied einen ganz vernünftigen Grund habe, weil sich ein Minderjähriger immer eher zur Unterschrift eines mit der Eidesclausel versehenen Instruments, als zur wirklichen Ableistung eines körperlichen Eides verstehen wird. Daher aus diesen Gründen auch Wernher³⁵⁾ die entgegengesetzte Meinung wieder angenommen hat.

§. 459.

Die Restitution der Minderjährigen kommt zuweilen auch einem Dritten zu statten.

Die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nun nicht nur den Minderjährigen selbst, sondern auch denen zu, welche in derselben Rechte eintreten

33) DONELLIUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13. FRANTZ-
KIUS Lib. II. Resol. I. nr. 42. sqq. WERNHER Observat. for.
T. I. P. III. Obs. 80. BERGER Oeconom. juris Lib. III. T. 15.
Th. 15. Not. 8. nr. 3. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for.
Vol. II. Obs. 274. nr. 8. pag. 84. *Fratr.* BECMANNORUM Con-
silia cit. loc. pag. 445.

34) *L. 3. Cod. Si minor se maior. dixerit.*

35) Select. Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 26. nr. 15. sqq.
Man sehe auch *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL.
Cod. ad L. 1. et Avth. Sacram. pub. Cod. Si adv. vend.
STRYK Cautel. iuramentor. P. 2. Sect. I. c. 3. nr. 36. und
Quistorps angeführte Abhandlung.

Güts Erläut. d. Pand. 5. Th.

N n

ten³⁶⁾. Daher kann der Erbe eines Minderjährigen, als solcher die Restitution in allen den Fällen verlangen, in welchem die Gesetze dem Erblasser diese Rechtswohlthat vergönnen, wenn gleich der Erbe für seine Person großjährig ist³⁷⁾. Aber auch der successor singularis, der z. B. von dem Minderjährigen eine Sache gekauft, oder sie von ihm zum Geschenk erhalten, oder dem er sie vermacht hat, kann insofern Namens des Minderjährigen die Restitution suchen, als dieser in Ansehung der Sache verletzt war, und er sie selbst hätte suchen können³⁸⁾. Ja es wird in diesem Falle nicht einmal eine besondere Cession für nöthig gehalten, quia beneficium restitutionis in integrum

36) *L. 6. D. de restitut. in integr.* Man sehe auch, was davon oben §. 443. vorgekommen ist.

37) *L. 18. §. 5. D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 38. Offenbar geht jedoch COCCEJI in iure civ. contr. h. t. Qu. 8. zu weit, wenn er ohne Unterschied behauptet, daß dem Erben des Minderjährigen die Restitution auch dann zu statten komme, wenn gleich der Erblasser sich dieser Rechtswohlthat begeben hätte. Denn wenn gleich an sich nicht zu läugnen ist, daß dem Minderjährigen auch gegen eine aus Uebereilung geschehene Entsagung seiner Rechtswohlthaten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht würde haben versagt werden können; so sieht doch wohl ein jeder ein, daß der Erbe die Restitution wenigstens alsdann vergeblich suchen würde, wenn der minderjährige in seinem letztern Willen dem Erben, selbige zu suchen, ausdrücklich untersagt haben sollte, wie auch Herr Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. b. sehr richtig erinnert hat

28) *Sfort. ODDUS* in Tract. de restitut. in integrum P. I. Qu. 50. Art. 3. VOET ad h. t. Pand. §. 40. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom II. §. 828.

tegrum cum ipsa re, in qua laesio facta est, successori quoque cessum praesumitur³⁹⁾).

Ob auch dem Bürgen des Minderjährigen die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Einige⁴⁰⁾ behaupten, sie müsse in der Regel bejahet, andere⁴¹⁾, sie müsse verneinet werden. Vergleichen wir freylich die Gesetze des Römischen Rechts, so entscheiden sie diese Frage nicht auf gleiche Art. Denn ebenderselbe Ulpian, welcher es unbillig findet, den Bürgen des Minderjährigen an der Restitutionswohlthat Antheil nehmen zu lassen, wenn derselbe bloß in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners, und weil ihm der Gläubiger deshalb nicht trauen wollte, gut gesagt hat⁴²⁾; gesteht doch auch selbst

N n 2

zu,

39) SCHMIDT Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale an personale §. 7. et 8. und *Io. Pet. Car. BLAUVEL*. Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goetting.* 1779. Cap. I. §. 6.

40) *Em. MERILIUS* Observat. Lib. IV. cap. 10. Dessen Meinung hat jedoch *SCHMID* cit. Diss. §. 15. hinlänglich widerlegt.

41) *Iul. PACIUS* *Εὐαντιογράφων* seu Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 98. *Ios. AVERANIUS* Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. nr. 10. sqq. cap. 8. et 9. *DONELLUS* Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 14. *DOMPIERRE* Specim. de Restitutionibus in integr. h. t. §. 82. et 83. und *de cocceji* iur. civ. controuv. h. t. Qu. 9. Die Gründe dieser Meinung hat *Lud. Iul. Frid. HOEPFNER* in Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. *Giessae* 1771. §. 24 et 25. sorgfältig geprüft, und gründlich widerlegt.

42) *L. 13. D. h. t.* In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt; ut puta

zu, daß zuweilen dem Bürgen des Minderjährigen die Restitutionswohlthat allerdings zu statten komme⁴³⁾; ja er führt selbst *lib. 60. ad Edictum*⁴⁴⁾ einen solchen Fall an, nämlich wenn ein Minderjähriger als Defensor vor Gericht gehandelt, und in dieser Qualität Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses durch Bürgen geleistet, nachher aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat. Hier sagt Ulpian ganz ausdrücklich: *et ipsi et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur*. Paulus⁴⁵⁾ hingegen unterscheidet, ob der Minderjährige bey dem geschlossenen Handel betrogen worden (*circumscriptus*), und aus diesem Grunde dagegen die Restitution erhalten hat; oder ob er sich bloß übereilt hat, (*deceptus in re*) und daher in Rücksicht seines Alters in den vorigen Stand gesetzt worden ist; und behauptet, daß dem Bürgen zwar in dem ersten Falle die *exceptio doli* zustehet, in dem letzten Falle hingegen die Restitution des Minderjährigen ihm nicht zu gute komme⁴⁶⁾.

Geras

puta fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo: non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.

43) *L. 3. §. 4. D. h. t.* wo es heißt: solet interdum auxilium Praetoris fideiussori minoris prodesse.

44) *L. 51. D. de Procurator.*

45) *L. 7. §. 1. D. de Except.*

46) Paulus sagt: Quodsi *deceptus* sit in re (*sc. minor*), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, *nec fideiussori danda est exceptio*.

Gerade so rescribiren auch die Kaiser Diocletian und Maximian⁴⁷⁾. Si ea, so lauten die Worte des Rescripts, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto Praesidis, aetatis tantummodo auxilio iuvatur, non est dubium, fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, utriusque personae, tam venditricis, quam fideiussoris, consulendum esse, Um nun diese Gesegstellen mit einander zu vereinigen, so kommt es, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten⁴⁸⁾, darauf an, ob der Bürge für den Minderjährigen bloß in Rücksicht auf das Alter desselben und zu dem Ende gut gesagt hat, damit der Gläubiger auf den Fall gesichert sey, da sich der Minderjährige etwa der Rechte seines Alters bedienen würde; oder ob derselbe die Bürgschaft für den Minderjährigen, nicht als solchen, sondern so' wie für einen jeden andern Schuldner, übernommen hat, ohne daß dabey von dem Alter desselben, und der ihm deshalb zustehenden Rechtswohlthat, die Frage war. In dem ersten Falle wird man es mit Ulpian sehr billig finden, daß sodann der Bürge haften müsse, wenn der Minderjährige die Wieder-

N n 3

einc

47) L. 2. Cod. de fideiussor. minor.

48) Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. I. cap. 8. nr. 9. sqq. (in Thes. Meermann. Tom. VI. pag. 45.) Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 39. Ant. SCHULTING in jurisprad. Anteiustin. ad PAULI Sentent. recept. Lib. I. Tit. 9. §. 6. not. 18. pag. 239. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. Alb. WIELING Lec- tion. iur. civ. Lib. II. cap. 12. p. 159. Io. Guil. MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. L. II. cap. 12. pag. 250. HOEFFNER cit. Diss. §. 7. sqq. SCHMID cit. Diss. §. 14. sqq. u. a. m.

einfegung in den vorigen Stand erhalten hat, ohne daß ihm diese zu statten kommen kann. Denn da der Bürge die persönliche Eigenschaft des Schuldners kannte, da er wußte, daß er bloß in Rücksicht derselben zum Bürgen angenommen worden sey, so kann ihm folglich kein Regreß gegen den Schuldner zustehen, wenn er für ihn hat bezahlen müssen. Die Absicht der Gesetze, welche den Minderjährigen gegen allen Nachtheil gedeckt wissen wollen, kann daher unter diesen Umständen auf keine Art vereitelt werden. So wie nun aber der Regreß des Bürgen wider den minderjährigen Schuldner wegfällt, so kann auch dem erstern wider den Gläubiger keine Restitution zu statten kommen, weil er sich dieser Rechtswohlthat schon zur Zeit der übernommenen Bürgschaft dadurch ipso facto begeben hat, daß er wissentlich für einen Schuldner gut sagte, den der Gläubiger seines minderjährigen Alters wegen nicht trauen wollte. Der Bürge kann also hier schon darum auf Restitution keinen Anspruch machen, weil man ja unter diesen Umständen nicht sagen kann, daß er ohne seine Schuld verlegt sey. Es ist vielmehr billig anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wissentlich für einen Schuldner gut gesagt hat, mit dem der Gläubiger sich in keinen Handel einlassen wollte, nur seine Person hauptsächlich habe verbindlich machen wollen, und daß er also die Bürgschaft animo donandi übernommen habe ⁴⁹⁾. Aus diesem Grunde sagt daher Ulpian an einem andern Orte der Pandecten ⁵⁰⁾; Si quis pro pupillo sine tutoris

49) S. Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. S. 527. ff.

50) L. 25. D. de fideiuss. Diese Stelle ist, wie die oben angeführte L. 13. D. h. t. aus eben desselben Ulpian's libro XI.

ris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fideiussu-
 erit, magis est, *ut ei non subveniatur*, da doch
 sonst nach bekannten Verordnungen des Römischen Rechts
 die Ungültigkeit der Hauptschuld auch dem Bürgen zu stat-
 ten kommen soll⁵¹⁾. Von diesem ersten Falle müssen nun
 auch Paulus, und die Kaiser Diocletian und Maxi-
 mian verstanden werden, insofern sie in den oben ange-
 führten Stellen dem Bürgen des Minderjährigen die Re-
 stitutionswohlthat absprechen. Jedoch haben beyde auch
 die sehr billige Ausnahme gemacht, wenn der Minderjährige
 um einer solchen Läsion willen restituirt worden ist, woran
 nicht sowohl die Flüchtigkeit seines jugendlichen Alters
 Schuld war, sondern die er durch den Betrug des Gläu-
 bigers erlitten hatte. Denn da Niemanden sein Dolus
 zum Vortheil gereichen darf, so hat sich auch der Gläu-
 biger hierdurch des Regresses gegen den Bürgen unwürdig
 gemacht. In dem letztern Falle hingegen, da nämlich der
 Bürge ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter des
 Schuldners gut gesagt hat, kommt demselben die Restitu-
 tion des Minderjährigen eben so gut zu statten, wie jedem
 andern Bürgen die Exception des Hauptschuldners, weil
 sonst der Bürge seinen Regreß gegen den Minderjährigen
 nehmen könnte, und diesem folglich die erhaltene Restitu-
 tion nichts helfen würde. Denn nur in jenem ersten
 Falle wird dem Bürgen das Recht der Schadloshaltung

N n 4 gegen

XI. ad Edictum genommen worden, und beyde haben
 wahrscheinlich zusammen gehört, und sind daher auch mit ein-
 ander zu verbinden, wie schon PÜTTMANN *Probabil. iur. civ.*
Lib. I. cap. 19. pag. 136. gezeigt hat.

51) *L. 6. D. de Verbor. Obligat. L. 16. D. de fideius-
 sor. L. 32. D. eodem. L. 19. D. de Except.*

gegen den Schuldner abgesprochen, weil sich der Minderjährige eben sowohl wider ihn, als gegen den Gläubiger, seiner Rechtswohlthat bedienen kann⁵²⁾. Man setze daher, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft angetreten, und als Erbe, den Erbschaftsgläubigern durch Bürgen Cautio geleistet. Wenn hier der Minderjährige nachher gegen die geschehene Antretung der Erbschaft die Restitution erhält; so werden dadurch ohne Zweifel auch die Bürgen von ihrer Verbindlichkeit befreiet, weil sie die Bürgschaft für den Minderjährigen bloß als Erben, und ohne Rücksicht auf das Alter desselben, übernommen haben⁵³⁾.

Hier entsteht nun aber die Frage, was im Zweifel zu vermuthen sey, wenn darüber gestritten wird, ob die Bürgschaft für den Minderjährigen, in Rücksicht auf die Rechtswohlthat seines Alters, oder ohne diese Rücksicht geschlossen worden sey? Auch dieses ist unter den Rechtsgelehrten nicht außer Streit. Es ist indessen leicht einzusehen, daß

52) Ulpian sagt *L. 13. pr. D. h. t. Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem, utrum adversus creditorem, an et adversus fideiussorem implorare debeat? et puto totius, adversus utrumque. Causa enim cognita, et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt; und in der L. 1. C. de fideiuss. minor. heißt es: Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emptore praestare non cogeris. Sed ea res fideiussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati iudicio, si pecuniam solverint aut condemnati fuerint, convenieris; modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non iuvaberis.*

53) *L. 89. D. de acquir. vel amitt. hered.*

daß weder mit Anton Faber⁵⁴⁾ das letztere, noch mit Donell⁵⁵⁾, und Vinnius⁵⁶⁾ das erstere ohne Unterschied angenommen werden könne, sondern alles kommt vielmehr darauf an, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Parthenen bekannt gewesen, oder nicht. In dem letztern Falle läßt sich nicht vermuthen, daß die Intercession in Absicht auf die Rechtswohlthat des Schuldners geschehen sey⁵⁷⁾. Denn hat der Gläubiger nicht gewußt, daß sein Schuldner noch minderjährig sey, so kann er die Absicht nicht gehabt haben, den Bürgen auf den Fall anzunehmen, wenn der Hauptschuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten würde; und hat der Bürge von der Minderjährigkeit des Schuldners keine Wissenschaft gehabt; so läßt sich auch nicht annehmen, daß er in dieser Rücksicht fidejubit habe. Es kommt daher auch meiner Einsicht nach nichts darauf an, ob der Bürge bey näherer Erkundigung von der Minderjährigkeit des Hauptschuldners hätte Wissenschaft erhalten können, oder nicht, denn war dem Gläubiger dieser Umstand allein bekannt, so lag es bloß an ihm, sich über seine Absicht näher zu erklären, weil man sonst von jedem Bürgen vermuthen muß, daß er aus seiner Intercession nur eben so verbunden seyn

N n 5

wolle,

54) Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 3. und in Cod. Definit. for. Lib. I. Tit. 13. Def. 1.

55) Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 14.

56) Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 11.

57) Man vergleiche hier vorzüglich HOEFFNER cit. Diss. §. 9. Schol. II. pag. 13. SCHMID cit. Diss. §. 24. und Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. Not. 6. S. 530.

wolle, als der Hauptschuldner verbunden ist⁵⁸⁾). In dem ersten Falle hingegen tritt die Vermuthung gegen den Bürgen ein, insofern nicht aus den Umständen des geschlossenen

58) SCHMIDT cit. Diss. §. 25. ist zwar anderer Meinung; er glaubt, wenn der Bürge das minderjährige Alter des Schuldners hätte wissen können, so müsse er haften, und könne sich mit der Unwissenheit nicht entschuldigen. Eben dies scheint auch die Meinung des *Ger. ROODT* in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119. zu seyn. Allein die *L. 9. §. 2. D. de iuris et facti ignor.* redet nur von einer *summa negligentia*. Quid enim, sagt *Paulus*, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Nur unter dieser Einschränkung soll ignorantia facti schaden. Es würde also doch immer ein solcher Fall gedacht werden müssen, wo der Gläubiger sowohl, als der Minderjährige, es als notorisch voraussetzen konnten, daß auch der Bürge das wissen werde, was Jedermann bekannt war. Wenn nun gleich die von SCHMIDT angeführte *L. 19. pr. D. de Reg. iur.* sagt, man solle sich, wenn man mit Jemand ein Geschäft schließen will, vorläufig darum bekümmern, was das für ein Mann sey, mit dem man sich einzulassen will; so kann doch dies auf unsern Fall darum nicht angewendet werden, weil es hier der Bürge mit dem Gläubiger zu thun hat. Mit mehrerem Grunde kann sich der Bürge auf den Ausspruch des *Neratius* berufen, welcher *L. 5. §. 1. D. Pro suo* sagt: in alieni facti ignorantia tolerabilis error est; wenn man zumal damit die *L. 2. §. 15. D. pro emtore* vergleicht, und erwägt, daß man es einem Menschen nicht immer gleich ansehen kann, ob er noch minderjährig ist. *C. L. 48. §. 1. D. de Fideiussor.* *CUJACIUS* ad *PAULI Recept. Sent. Lib. I. Tit. 9. not. 17.* (in *SCHULDING iurispr. Antejust.* pag. 239.) *WISSENBACH* Exercitat. ad Pand. Disp. XIV. §. 16. *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exercitat. VI. §. 8. und *Io. Ortow.* *WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 24. nr. IV.

senen Geschäfts das Gegentheil erhellet, obgleich der Umstand allein, daß der Minderjährige verschwenderisch ist, oder auch kein genugsames Vermögen besitzt, mir noch nicht hinreichend zu seyn scheint, um mit Höpfner zu behaupten, daß die Bürgschaft nicht sowohl wegen des Alters, als vielmehr auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geschehen sey. Denn von den Gläubiger ist hier immer zu vermuthen, daß er propter incertum aetatis ac restitutionis, wie Papinian ⁵⁹⁾ sagt, mehr auf den Bürgen, als auf den Minderjährigen gesehen habe, und der Bürge mag es sich selbst zuschreiben, daß er wissentlich für einen Minderjährigen gut gesagt hat ⁶⁰⁾.

Wie wenn der Bürge Erbe des Minderjährigen wird, kommt ihm hier nicht wenigstens, als Erben, die Restitutionswohlthat wegen des Alters seines Erblassers zu? Binnius ⁶¹⁾ findet kein Bedenken, dieses zu behaupten. Denn daß dem Erben des Minderjährigen die Restitutionswohlthat seines Erblassers zusteht, ist bekannt; eben so gewiß ist es, daß eine Confusion eintritt, wenn der Bürge des Schuldners Erbe wird ⁶²⁾. Hierdurch muß also die persönliche Verbindlichkeit des Bürgen, als Bürgen, auf hören. Denn er wird nun der Hauptschuldner selbst, und kann also nicht zugleich Bürge seyn. Es steht ihm folglich

59) L. 48. §. 1. *D. de Fideiussor.* G. POTHIER Pandect. Justin. T. III. Tit. de fideiussoribus nr. LVII. not. b. pag. 340.

60) PAULUS *Sent. Recept.* Lib. I. Tit 9. §. 6. sagt daher: *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succuratur.* Man sehe auch NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119.

61) *Select. iur. Quaest.* Lib. I. cap. 11.

62) L. 5. *D. de fideiussor.* L. 93. §. 2. *D. de Solut.*

lich nichts mehr im Wege, um sich die Restitutionswohlthat seines Erblassers zu Nuzze zu machen. Eben dies bestätigt auch Papinian⁶³⁾ ausdrücklich, wenn er sagt: *auxilium restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit*. Allein, wenn auch gleich Lauterbach⁶⁴⁾ und Westenberg⁶⁵⁾ dieser Meinung Beyfall geben, so ist sie dennoch nicht schlechtthin anzunehmen. Papinian selbst sagt, daß bekannte Rechtsaxiom, daß die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen erlösche, wenn derselbe des Schuldners Erbe geworden ist, sey nur dann wahr, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schuldners vollkommen wirksam und klagbar ist⁶⁶⁾. Die Regel leidet also eine Ausnahme, wenn der Bürge

63) *L. 65. §. 3. D. de Solut.*

64) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20.

65) Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 24. nr. III.

66) Papinians Worte lauten in der *L. 95. §. 3. D. de Solut.* folgendermassen: *Quod vulgo iactatur: fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari: toties verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur*. Cujaz will zwar Observat. Lib. XI. cap. 34. nach Anleitung der Basiliken (apud FABROT Tom. IV. pag. 163.) die letztern Worte dahin ändern: *Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberabitur*; es hat auch diese Lesart wirklich nach dem ganzen Inhalt der Stelle viel Wahrscheinlichkeit für sich; daher sich vorzüglich Iac. VOORDA Interpretat. et Emendat. Lib. I. cap. 20. hat angelegen seyn lassen, die Meinung des Cujaz ausführlich wider dessen Gegner zu vertheidigen. Allein daß hier dennoch keine Emendation des Textes nöthig sey, sondern die Stelle einen ganz richtigen Sinn habe, wenn man auch die Worte des Gesetzes unverändert läßt, hat Abrah.

Bürge sich auf eine solche Art verbindlich gemacht hat, daß der Gläubiger ein wirksames Recht gegen ihn, als gegen den Hauptschuldner selbst, erhalten hat. Denn hier würde es unbillig seyn, wenn der Gläubiger nun gleichwohl den Bürgen nur als Erben des Hauptschuldners behandeln, folglich sein vorzüglicheres Recht, das er gegen ihn als Bürgen hatte, aufgeben, und sich jetzt wieder eben diejenigen Einreden des Hauptschuldners müßte gefallen lassen, in deren Rücksicht er sich durch die Bürgschaft sicher zu stellen gesucht hat⁶⁷⁾. Dies ist nun gerade der Fall bey einem solchen Bürgen, der für einen Minderjährigen in Absicht auf die demselben zustehende Rechtswohlthat seines Alters gut gesagt hat. Hier würde dem Bürgen, wenn er sich als Erbe des Hauptschuldners die Rechtswohlthat desselben zu Nutze machen wollte, die Replik des Betrugs mit vollkommenem Grund entgegen gesetzt werden können⁶⁸⁾.

Zwar

WIELING in Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 12. pag. 160. gezeigt.

67) Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 128. S. 614. f.

68) Man kann auch hier anwenden, was Papinian *L. 3. pr. D. de Separat.* in dem angeführten Falle, da nämlich der Hauptschuldner des Bürgen Erbe geworden ist, sagt: *Neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis, propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat;* und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 39. hat ganz Recht, wenn er sagt: *ideoque vel ad exemplum illius casus, qui est in d. L. 3. separationis petendae licentia creditori indulgenda foret, non ita quidem, ut bona, sed magis, ut causa defuncti et heredis separetur, et eo cuncta hebeantur loco quasi confusio per aditionem facta non esset.*

Zwar sagt freylich Papinian⁶⁹⁾, daß man darum noch nicht gleich die Verbindlichkeit des Bürgen als fortdauernd annehmen könne, weil dem Hauptschuldner nach seinen persönlichen Verhältnissen die Rechtswohlthat der Restitution zustand. Ja er gedenkt des Falles ganz ausdrücklich, da der Hauptschuldner noch minderjährig war, und der Bürge desselben Erbe geworden ist; und behauptet, daß dem Bürgen, als Erben des Minderjährigen, diejenige Rechtswohlthat nicht versagt werden könne, welche dem Schuldner bey seinem Leben selbst zugestanden haben würde. Allein er setzt ausdrücklich voraus, daß der Bürge sich ohne alle Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners verbindlich gemacht habe. Denn hier würde die Restitution dem Bürgen zu staten gekommen seyn, wenn auch der Schuldner am Leben geblieben, und also der Bürge nicht sein Erbe geworden wäre.

Zu

69) Die Worte sind: *E contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem: nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fideiussore, difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris Praetorii: auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus saluum erit.* Die Critic hat zwar auch bey diesen Worten manches zu verbessern gefunden. Man vergleiche z. B. *Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 4. Elb. LEONINUS Emen-dation. Lib. I. cap. 3. Jac. VOORDA Interpretat. et Emen-dat. Lib. I. cap. 2.* Allein daß auch hier keine Aenderung nöthig sey, haben WIELING c. I. pag. 162. sqq. und HOEPFNER cit. Diss. §. 31 — 34. gezeigt.

Zuweilen kommt die Restitution des Minderjährigen auch einem Dritten zu statten, ob er gleich kein successor desselben ist, und sie auch für seine Person nicht suchen könnte. Dies ist der Fall,

1) wenn der Gegenstand derselben untheilbar ist, daß ist, eine solche Sache betrifft, die den Dritten eben so gut, wie den Minderjährigen, angehet, und so beschaffen ist, daß der letztere den Vortheil der Restitution nicht genießen würde, wenn sich die Wirkung derselben nicht auch auf den volljährigen Theilnehmer erstreckte ⁷⁰⁾. Z. B. ein Minderjähriger besitzt mit einem Volljährigen ein gemeinschaftliches Grundstück, dem eine Realservitut zusteht. Die Besitzer erlassen diese Servitut dem dienstbaren Grundstück, oder sie verlieren ihr Recht durch Nichtgebrauch. Wenn hier der Minderjährige gegen diesen Verlust die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält, so kommt sie wegen der Untheilbarkeit ihres Gegenstandes auch dem großjährigen Mitbesitzer zu gute ⁷¹⁾. Hätten hingegen beyde ein theilbares Interesse, so daß der Minderjährige auch ohne den volljährigen Consorten der Restitution vollkommen theilhaftig werden könnte; so kommt sie dem letztern nicht zu statten ⁷²⁾. Man setze also, zwey Brüder hätten sich we-

gen

70) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Pet. Car. BLAUVEL* Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goett.* 1779. und *SCHMID* Diss. de restitutione in integr. num sit beneficium reale an personale §. 28 — 32.

71) Dies lehrt die Analogie der *L. 10. pr. D. quemadmod. servitut. amitt. L. 17. D. de Servitut. L. 72. pr. D. de Verbor. Obligat.*

72) *L. un. Cod. Si in commun. ead. causa in integr. restitut. post. L. 2. Cod. Si unus ex plurib. appellav.* *SCHMID* cit. Diss. §. 30.

gen der noch ungetheilten väterlichen Erbschaft mit einem Dritten verglichen; der minderjährige habe aber nachher in Ansehung seines Antheils die Restitution erhalten, so hilft diese dem volljährigen Bruder nichts, weil hier der Gegenstand theilbar ist ⁷³⁾.

2) Wenn ein Minderjähriger sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und denselben dadurch in Schaden gebracht hat; so kann letzterer verlangen, daß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen Restitution suche, oder ihn zu diesem Gesuch bevollmächtige ⁷⁴⁾. Hätte der Volljährige dem Minderjährigen zur Besorgung seiner Geschäfte Auftrag erteilt, so würde der Schade auf den Gewaltgeber allein zurückfallen, ohne hier auf die Wiederherstellung des Minderjährigen dringen zu können ⁷⁵⁾.

73) Man sehe LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 19. LEYSER Specim. LXI. med. 10. de WERNHER Sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 112.

74) L. 24. pr. D. h. t. Siehe oben §. 443. C. 460.

75) L. 23. D. h. t. SCHMID cit. Diss. §. 9. et 10.

B e r i c h t i g u n g.

§. 315. Sind über die Rechtswohlthat der Voraussetzungen und Theilung bey Vollmachten der Gemeinden nachzusehen Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß (Bamberg 1799.) Nr. XIII.

Verzeichniß juristischer Bücher,

welche der Verleger dieses Buchs theils selbst verlegt, theils in Commission hat, und bey ihm gleichwie in allen soliden Buchhandlungen zu haben sind.

- U**bicht, J. H. die Lehre von Belohnung und Strafe, in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit überhaupt und auf die Kriminalgesetze insbesondere, wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bände gr. 8. 1796—97. 5 fl — 3 Rthlr 8 ggr
- Auszug aus der Preuß. Gerichtsordnung und dem Landrechte, das Militär betreffend. Ein Handbuch für das preuß. Militär, Beamten und Unterthanen. 8. 1798. 45 fr — 12 ggr
- Bensens, Heinr. Versuch eines systemat. Grundrisses der reinen und angewandten Staatslehre für Kameralisten, 1ste Abtheil. die Encyclopädie enth. gr. 8. 1798. 40 fr — 10 ggr
- desselben 2te Abtheil. die Policeywiss. enth. gr. 8. 1799. 54 fr — 14 ggr
- desselben 3te und letzte Abth. die Staatswirthschaft enthaltend.
- Ist unter der Presse, und wird in wenigen Wochen fertig.
- de fundamento poenarum capitalium tam hist. quam philosophica spectato Commentat. iurid. 8. maj. 1796. 20 kr — 5 gr
- de naturali disciplinarum ad oeconomiam publ. spectant. cohaerentia. 8. maj. 1798. 8 kr — 2 ggr
- Beiträge zur Geschichte der deutschen Justizpflege. 4 Stücke. 4. 1788—89. 2 fl 40 fr — 1 Rthlr 16 ggr
- Böll, Carl, Grundsätze der in Deutschland geltenden Rechte, in Schreiben an einen jungen Herrn von Stande. 8. 1780. 24 fr — 6 ggr
- processus germaniae civilis communis theoria. 8. 1780. 24 kr — 6 ggr
- D o 2 Dorn,

- Dorn, J. C. Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesindrechts. gr. 8. 1794. 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr
- Eggloffstein, Graf von, über eigenmächtige Exemtionen Reichsritterschaftl. Mitglieder. gr. 8. 1794. 30 fr — 8 ggr
- Elfässer, C. F. Theorie der Kanzleypraxis. 8. 1782. 30 fr — 8 ggr
- vermischte Beiträge vorzüglich zum Kanzleywesen, eine Forts. der jurist. Beobacht. von Omelin und Elfässer. gr. 8. 1783. 1 fl — 16 ggr
- Entwicklung des Begriffs unstandsmäßiger Ehen, hauptsächlich der deutschen Reichsstände aus deutschen Gewohnheiten und Gesetzen. 4. 1781. 1 fl — 16 ggr
- Entwurf, tabellarischer, von gerichtlichen Klagen, woher solche entspringen, wider wen sie gehen, und worauf sie zu richten. Fol. 1786. 30 fr — 8 ggr
- Erbe, C. F. rechtliche Abhandl. über den Hofdiebstahl. 4. 1775. 12 fr — 3 ggr
- Fischer, I. F. comment. jurid. historia portionis matricularis collectarum Imp. Seren. Dom. Saxon. explicans. 4. 1776. 30 kr — 8 ggr
- Geigers, Joh. Burf. und C. F. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, 2 Thle. gr. 8. 1792—1794. 2 fl 12 fr — 1 Rthlr 10 ggr
- Glücks, C. F. ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hefffeld, ein Commentar. 1—5r Band. gr. 8. 12 fl — 7 Rthlr 12 ggr
- die Zusätze und Verbesserungen besonders aus der 2ten Auflage des 1sten Bandes für die Käufer der 1sten Auflage gr. 8. 1798. 30 fr — 8 ggr
- Opuscula juridica, 4 fasciculi. 8. maj. 1785 — 90. 4 fl. 30 kr — 3 Rthlr.
- Omelin, Christ., über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. gr. 8. 1781. 24 fr — 6 ggr
- Häberlins, C. F. Anmerkungen über Gemmingens Schrift, den deutschen Fürstenbund betreffend. 4. 1786. 12 fr. — 3 ggr
- Materialien und Beyträge zur Gesch. den Rechten und deren Literatur, 3 Stücke. 8. 1784—1786. 1 fl 30 fr. — 1 Rthl
- Hallacher, E. F. principia juris rom. de praescriptione criminali junctis cogitatis nonnullis de abrogat. ejus suadenda. 4. 1788. 15 kr — 4 ggr
- Haltaus, Chr. Gottf. Jahrbuch der deutschen des Mittelalters, in einer freyen Uebersetzung mit vielen Zusätzen und Berichtigungen aus ältern und neuern Zeiten. 4. 1797. 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr
- Hamm,

Hamm, I. F. de statutorum collisione et praeferentia in causis successionum ab intestato. S. maj. 1792. 30 kr — 7 ggr

Haselberg, D. G. P. de confirmatione caesarea pactorum confraternitatis 4. 1792. 12 kr — 3 ggr

Hauß, E. A. Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtesgebrauchs sowohl an den teutschen Territorial-, als höchsten Reichsgerichten 8. 1798. 24 fr — 6 ggr

Hornberger, J. P. Grundsätze der Cameralrechnungsführung, mit 13 Tabellen erläutert. gr. 8. 1796. 1 fl. 45 fr — 1 Rthlr. 4 ggr

Huchß, Fr. Aug. Versuch einer Litteratur der Diplomatie, 2 Theile. gr. 8. 1792. 2 fl — 1 Rthlr. 8. ggr

Jaeger, C. F. diss. jurid. de emphyteusi salinaria praesertim Haclae Suevor. obtinente. 4. 1760. 8 kr — 2 ggr

Kephalides, Conf. de alienatione fidei commissorum familiae vel sine consensu liberorum postea procreatorum licit. Diss. jur. 4. 1794. 30 kr — 8 ggr

Kleinschrod, G. A. Abhandlung vom Wilddiebstahl, dessen Geschichte, Strafe und Gerichtsstand. gr. 8. 1790. 30 fr — 8 ggr

— **systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3 Theile, 2te vermehrte und verbesserte Ausgabe. gr. 8. 1799. 4 fl 30 fr — 3 Rthlr**

Diese 3 Theile werden nicht vereinzelt.

— **desselben 2r und 3r Theil der 1sten Aufl. gr. 8. 1795 — 1796. 2 fl 12 fr. — 1 Rthlr 10 ggr**

— **die Zusätze und Verbesserungen aus der neuen Ausgabe für die Käufer der 1sten Aufl. besonders abgedruckt. 8.**

(Unter der Presse).

— **Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und peinlichen Proceß, 1r u. 2r Band. gr. 8. 1797 — 1798. 3 fl — 2 Rthlr**

Klübers, J. L. kleine juristische Bibliothek oder ausführliche Nachrichten von klein. jurist. Schriften, mit unpartheiischen Prüfungen, 1 — 268 Stück. gr. 8. 1784 — 1794. 10 fl 24 fr — 6 Rthlr 12 ggr

jedes Stück einzeln 24 fr — 6 ggr

— **Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen, mit einigen Urkunden. gr. 8. 1785. 30 fr — 8 ggr**

— **systematischer Entwurf der kais. Wahlkapitulation. gr. 8. 1790. 20 fr — 5 ggr**

— **Acten zum Gebrauch seines praktischen Collegiums, 4 Stücke Fol. 1791. 1 fl — 16 ggr**

Klü-

- Klübers, J. P.** neueste Litteratur des deutschen Staatsrechts, oder 4ter Theil zu Pütters Litteratur des Staatsrechts. gr. 8. 1792. 3 fl — 2 Rthlr
- *de pictura contumeliosa.* 4 maj. 1787. 20 kr — 5 ggr.
- *de nobilitate codicilari.* 4. 1788. 30 kr — 8 ggr
- *isagoge in elementa juris publ. quo utuntur nobiles immediati in Imp. rom. germ.* 8. maj. 1793. in Commission. 45 kr — 12 ggr
- Kölle, H. C. E.** Grundsätze des gemeinen deutschen und preuss. Criminalrechts. 8. 1796. 36 fr — 9 ggr
- Krafts, C. A.** practische Anmerkungen über den Concurssproceß. gr. 8. 1786. 2 fl 15 fr — 1 Rthlr. 12 ggr
- juristisch practisches Wörterbuch mit Beweißstellen aus den Reichsgesetzen, wie auch Land- und Stadtrechten, oder neue umgearbeitete Auflage des Schottischen jurist. Wörterbuchs. gr. 8. 1793. 1 fl 30 fr — 1 Rthlr
- Kammers, J. W. F.** Erörterung der Frage: ob die Renunziation auf die Erbschaft überhaupt von der Collationsverbindlichkeit befreye? 8. 1795. 8 fr — 2 ggr
- Litteratur, neueste juristische von Gmelin und Elsässer, vom Jahr 1777. bis 1780. jeder Jahrg. in 2 Bänden.** 8. jeder Band 1 fl 12 fr — 18 ggr
- compl. 9 fl 36 fr — 6 Rthlr
- dieselbe von der Erlang. Juristen-Fakultät fortgesetzt vom Jahr 1781—1784. 8. Jeder Jahrgang in 4 Stücken, jedes Stück 36 fr — 9 ggr
- compl. 9 fl 36 fr — 6 Rthlr
- Maders, Joh.** Reichsritterschaftl. Magazin, 13 Bände. 8. 1781—1786. jeder Band 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr.
- compl. 26 fl — 17 Rthlr 8 ggr
- Malblanc, I. F.** opuscula ad jus criminale 8. maj. 1793. 45 kr — 12 ggr
- *Abhandlungen aus dem Reichstädtischen Staatsrecht.* gr. 8. 1793. 54 fr — 14 ggr
- Mohl, C. F. und J. A. Ortloffs** 2 Preißschriften über die Frage: wie können die Vorurtheile, welche durch das Wandern der Handwerksgefallen möglich sind, befördert und die dabey vorkommenden Nachtheile verhütet werden? 8. 1799. jede einzeln 30 fr — 8 ggr
- Natur- u. Völkerrecht zum Unterricht Kayser Josephs II. von einem großen Staatsminister (Herrn von Bartenstein).** gr. 8. 1790. 1 fl — 16 ggr
- Ortloff, Joh. Andr.** über der Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz. Eine philosoph. jurist. Abhandlung. 8. 1797. 24 fr — 6 ggr
- Palms,

Palms, Joh. Jac. Handbibliothek der juristischen Literatur,
mit Preißen und einem Materien-Register. 8. 1791.

2 fl — 1 Rthlr 8 ggr

Plaums, M. Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung.
gr. 8. 1793.

1 fl 45 fr — 1 Rthlr 4 ggr

Pütters Literatur des deutschen Staatsrechts 4ter Theil siehe
Klüber.

Rebmann, J. C. vom gerichtlichen und außergerichtlichen Ver-
fahren in Rechnungsangelegenheiten. 4. 1789.

1 fl 45 fr — 1 Rthlr 4 ggr

— von Einrichtung und Führung des Cameralrechnungswesens
und richtiger Aufstellung der Rechnungen, oder 2ter practischer
Theil des vorhergehenden Buches. 4. 1791. 4 fl — 2 Rthlr 16 ggr

— Etwas über das römische Recht. 4. 1788. 8 fr — 2 ggr

— Vorschläge zu einer allgemeinen Reichsritterschaftl. Brand-
asscurationsgesellschaft. 4. 1789. 24 fr — 6 ggr

Reider, Fl. A. de, de iuribus capitulorum ecclesiarum Me-
trop. et cathedral. in Germania sede vacante praecipue
de eorum jure monetando. 4 maj. 1794. 45 kr — 12 ggr

Rudolphi, I. C. nova commentatio de codice canonum quem
Hadrianus P. R. Carolo M. dono dedit. 8. 1778.

24 kr — 6 ggr

— I. A. Comment. de jure reinfeudandi beneficia imperio
aperta sive majora durante interregno. 8 maj. 1794.

8 kr — 2 ggr

Samhaber, I. B. M. Al. de universali iudicis directorio in
Augustis, Camerae imper. trib. per utriusquae praesidiis
consortium rescripto. 4. 1792.

24 kr — 6 ggr

— de statu et nominibus militarium in Germania. 8 maj.
1794.

12 kr — 3 ggr

Sand, J. Fr. Vorschläge zur Verbesserung der allgemeinen
Policeygesetze, der Wuth der Hunde am sichersten vorzubeu-
gen. 8. 1798.

12 fr — 3 ggr

Schotts, Joh. Ludw. Vorbereitung zur jurist. Praxis, beson-
ders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften.
gr. 8. 1784.

1 fl 15 fr — 20 gr

— jurist. practisches Wörterbuch, als Anhang zur juristischen
Praxis. Neue ganz umgearbeitete und vermehrte Ausgabe
von S. A. Kraft. gr. 8. 1793.

1 fl 30 fr — 1 Rthlr

— C. F. Dissertationes juris naturalis, edid. A. L. Schott.
2 tomi. 8. 1784.

2 fl — 1 Rthlr 8 ggr

Schubert, M. Z. hist. Versuch einer Geschichte über die geist-
liche und weltliche Staats- und Gerichtsverfassung des Hoch-
stifts Bamberg, m. Kupf. gr. 8. 1790.

1 fl 15 fr — 20 ggr

Seger,

- Seger, I. T.** opuscula juris universi et historiae, edid. I. L. Klüber 8 maj. 1789. 1 fl 15 kr — 20 ggr
- Seiler, G. C. F.** vindiciae potestatis camerae imperialis supremae decernendi commissiones ad integrum causam. 4. 1794. 40 kr — 10 ggr
- Spieß, P. C.** Geschichte des Kaiserl. 9jährigen Bundes vom J. 1535 — 1544. gr. 4. 1788. 2 fl 15 fr — 1 Rthlr 12 ggr
- Stein, G. J.** Versuch einer theoret. praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. gr. 8. 1798. 1 fl — 16 ggr
- Stephani, Heintr.** Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre. 8. 1797. 30 fr — 8 ggr
- Grundlinien der Rechtswissenschaft, oder das sogenannte Naturrecht. gr. 8. 1797. 1 fl 4 fr — 16 ggr
- Strampfer, G. W.** von der Intestaterbfolge nach positiven u. natürlichen Rechten. gr. 8. 1795. 15 fr — 4 ggr
- vom Hutrecht. Eine juristisch-kameralistische Abhandlung. 8. 1799. 12 fr — 3 ggr
- Ueber Erbschaftsteuer und lachende Erbengebühr, nach Grundsätzen teutscher Provinzialrechte, mit einer Vorrede über diesen Gegenstand von J. L. Klüber.** 8. 1790. 12 fr — 3 ggr
- Ulmenstein, F. W. von,** Versuch einer kurzen systemat. und histor. Einleitung in die Lehre des deutschen Staatsrechts von Steuern und Abgaben reichsständischer Unterthanen und dem Steuerrecht der Reichsstände. gr. 8. 1795. 1 fl — 16 ggr
- Völderndorf, C. F. W. von,** Etwas von Nachlaßverträgen (de pactis remissoriis) gr. 8. 1788. 45 fr — 12 ggr
- **Ursula Ungerin,** ein Gegenstück von Christ. von Wangenheim, eine Geschichte über Bosheit und Laster, aus gerichtl. Acten und Originalurkunden. 8. 1788. 24 fr — 6 ggr

